Série A. — N° 55

UNIVERSITE DE STRASBOURG

*Faculté de Droit et de Sciences Politiques.*

# *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*

THESE DE DOCTORAT D'ETAT

présentée et soutenue

*par*

***Jean CHAMPEAUX***

*Lauréat de la Faculté de Droit de Strasbourg*

JURY DE LA THESE

*Président :*

M. NAST, professeur.

*Suffragants :*

M. GAUDEMET, professeur.
M. RADOUANT, professeur.

MACON
J. BUGUET-COMPTOUR, IMPRIMEUR

—

1931

*Étude sur la notion juridique*

# *de l'Acte à Titre Gratuit*

Série A. — N° 55

UNIVERSITE DE STRASBOURG

*Faculté de Droit et de Sciences Politiques.*

# *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*

THESE DE DOCTORAT D'ETAT

présentée et soutenue

*par*

JEAN CHAMPEAUX

*Lauréat de la Faculté de Droit de Strasbourg*

JURY DE LA THESE

*Président :*

M. NAST, professeur.

*Suffragants :*

M. GAUDEMET, professeur.
M. RADOUANT, professeur.

MACON
J. BUGUET-COMPTOUR, IMPRIMEUR

1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses, les opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*A MON PÈRE*

*A MA MÈRE*

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548014_0031

*Nous nous sommes par ailleurs suffisamment expliqué sur les buts poursuivis dans ce travail, mais avant de le présenter au lecteur, nous devons remercier tous ceux qui ont bien voulu guider de leurs avis un apprenti-juriste. Nos remerciements vont tout particulièrement à notre maître, M. Marcel Nast, qui a bien voulu accepter la présidence de cette thèse et qui, durant l'élaboration de celle-ci ne nous a pas ménagé d'utiles et de précieux conseils. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de la reconnaissance de son ancien élève.*

J. CHAMPEAUX.

# TABLE DES MATIERES

## INTRODUCTION

I. — L'art. 1105 du Code civil donne la définition de l'Acte à Titre gratuit..... 1
II. — Cet article, tout en donnant une définition de l'acte à titre gratuit, consacre l'existence d'une certaine catégorie d'actes à titre gratuit, les contrats de bienfaisance ..... 2
III. Plan de l'étude entreprise..... 5

## PREMIERE PARTIE

### CHAPITRE PREMIER

*L'avantage procuré au bénéficiaire*

I. — Tous les actes à titre gratuit comportent un avantage conféré au bénéficiaire..... 15
II. — Définition de l'avantage..... 16
III. — Impossibilité de distinguer l'acte à titre gratuit de l'acte à titre onéreux, suivant le simple critère de l'avantage. Quel sens faut-il attacher à la notion « d'équivalence » qui, suivant le Code, est le critère de cette distinction? ..... 17
IV. — Il n'est pas nécessaire que l'avantage procuré au bénéficiaire soit la cause d'un appauvrissement du bienfaiteur ..... 23
V. — Différentes hypothèses qu'il est nécessaire d'examiner pour voir si un appauvrissement du bénéficiaire, en rapport avec l'avantage à lui procuré, détruit ou ne détruit pas ce dernier..... 26
VI. — Nature de l'avantage..... 36
VII. — Résumé ..... 44

CHAPITRE II

*L'Intention libérale.*

I. — Définition psychologique de l'intention libérale..... 45
II. — Conception actuelle de l'intention libérale dans la Doctrine et la Jurisprudence..... 50
III. Intention libérale et Cause, système de M. Josserand et de M. Hamel..... 57
IV. — Définition juridique de l'intention libérale..... 64
V. — La spontanéité, bien qu'étant une condition nécessaire de l'intention libérale, n'est pas un élément spécifique de la gratuité..... 76
VI. — Résumé..... 77

CHAPITRE III

*Définition de la gratuité et applications de cette définition.*

I. — Définition de la gratuité, rôle prépondérant que joue l'avantage du bénéficiaire dans celle-ci..... 79
II et III. — Application de la définition dans une hypothèse où l'intention libérale est exprimée dans l'acte et dans une hypothèse où elle ne l'est pas..... 80
IV. — Application de celle-ci aux donations mutuelles.. 95

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE I

*Définition de la gratuité des contrats de bienfaisance.*

I. — Les contrats de bienfaisance prévus par le Code.... 113
II. — Quel est l'élément de ces contrats qui rend l'acte à titre gratuit?..... 115
III. — Conséquence du fait que la gratuité de l'acte est de sa nature et non de son essence..... 118
IV. — Par quel critère peut-on distinguer les contrats de bienfaisance des libéralités? Le critère économique. Le critère juridique..... 124
V. — Le Code ne donne que des applications du contrat de bienfaisance type, qu'il n'a pas prévu..... 130
VI. — Intérêt à dire que la définition donnée est celle de la gratuité des contrats de bienfaisance et non celle de ces actes considérés dans leur ensemble..... 136

VII. — Il peut exister des actes dont la classification dans les libéralités ou, au contraire, dans les contrats de bienfaisance présente peu d'intérêt pratique..... 138
VIII. — Impossibilté de ramener les contrats de bienfaisance à des donations d'un genre particulier..... 140
X. — Distinction du contrat de bienfaisance et du legs.. 143

CHAPITRE II

*Influence de la gratuité sur le régime des contrats de bienfaisance.*

Section I. — Les différents régimes de l'acte à titre gratuit ..... 145
I. — Il n'y a pas un régime de l'acte à titre gratuit..... 145
II. — Le simple fait de la gratuité est insuffisant pour déterminer le régime d'un acte à titre gratuit..... 146
III. — Rappel bref du régime des donations et des legs... 150
Section II. — Le Régime des contrats de bienfaisance au point de vue de la gratuité..... 151
IV. — Principes directeurs permettant de trouver l'influence de la gratuité sur le régime des contrats de bienfaisance ..... 151
V. — Consentement, vices du consentement, responsabilité 155
VI. — Capacité..... 164
VII. — Action Paulienne..... 172
VIII. — Rapport..... 174
IX. — Réduction..... 182
X. — Fragilité du lien obligatoire dans les contrats de bienfaisance ..... 184
XI. — Conclusion ..... 201

TROISIEME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

*Le domaine des actes à titre gratuit. — L'acte mixte.*

Section I. — Principes fondamentaux d'après lesquels on reconnaît le domaine des actes gratuits, des actes onéreux et des actes qui échappent à ces qualifications.... 205
I. — Un acte ne peut être gratuit ou onéreux que si les parties ont pu le conclure librement..... 206
II. — Application de cette idée au régime de la communauté légale s'il est imposé par la loi..... 208
III. — A l'exécution d'une obligation naturelle..... 209

IV. — Certains actes patrimoniaux échapperaient au titre gratuit parce qu'ils se grouperaient autour de l'idée de famille : l'arrangement de famile, le contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers, les avantages matrimoniaux ..... 223
V. — Un acte ne peut être gratuit ou onéreux que s'il est un acte patrimonial translatif ou constitutif de droit; qualification des actes déclaratifs..... 237
VI. — Exiger la liberté d'action des parties dans les actes gratuits ou onéreux n'implique nullement qu'on les réduit tous à des contrats..... 243
VII. — Qualification de la gestion d'affaires..... 245
VIII. — Le domaine des actes gratuits ou onéreux peut-il s'étendre au-delà des actes patrimoniaux?..... 249
Section II. — Le problème de l'indivisibilité de l'acte dans les actes mixtes..... 255
IX. — Qu'est-ce qu'un acte mixte..... 255
X. — Comment le qualifier?..... 256
XI. — Comment s'est posé le problème de l'indivisibilité de l'acte..... 257
XII. — Comment on peut le résoudre : le cas des donations avec charge..... 259
XIII. — Le cas des contrats de bienfaisance..... 267

CONCLUSION ..... 271

# BIBLIOGRAPHIE

## I. — OUVRAGES GENERAUX.


RICARD. — *Traité des Donations.* 2 vol. 1re éd. 1734-1754; 2e éd. 1783, avec notes de Bergier.

POTHIER. — *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil par Buguet.* Paris 1861, t. V, *Contrats de bienfaisance;* t. VIII, *Donations entre vifs.*

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (1827).

AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit Civil* (12 volumes), 1897-1922.

BAUDRY-LACANTINERIE ET M. COLIN. — *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Donations entre vifs et testaments,* 3e éd., 1905, t. I et II.

BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE. — *Des Obligations,* 3e éd., 1906, t. I.

BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL. — *Des Contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction,* 3e éd. 1907.

*De la Société, du Prêt, du Dépôt,* 3e éd. 1907.

BEUDANT (Charles). — *Cours de Droit Civil Français,* publié par R. Beudant 1906. *Les Contrats et les Obligations.*

BUFNOIR. — *Propriété et Contrat.* 1900.

CAPITANT (Henri) (COLIN et). — *Cours élémentaire de Droit Civil Français* (3 vol.).

COIN-DELISLE. — *Commentaire du Titre des Donations et Testaments.* 1855.

DEMOLOMBE. — *Traité des Donations entre vifs et des Testaments,* 1876. — *Traité des Contrats,* 1877.

DEMOGUE. — *Traité des Obligations en Général,* t. II, n° 916. 1923.

GENY. — *Science et Technique en droit privé positif.* 4 vol., 1914 à 1924.

GUILLOUARD. — *Traités du nantissement* (2e éd. 1896); *du Cautionnement et des Transactions* (2e éd. 1895); *des Contrats aléatoires et du mandat* (2e éd. 1894); *du Prêt, du Dépôt et du Sequestre* (2e éd. 1893).

LAURENT. — *Principes du Droit Civil*, 33 vol. (1859-1898).
MAURY ET VIALLETON. — *Traité Pratique de Droit Civil Français*, par Planiol et Ripert, t. IV. *Les Successions*, par Maury et Vialleton (1928).
NAST. — *Traité Pratique de Droit Civil Français*, par Planiol et Ripert, t. VIII et IX. — *Les Régimes Matrimoniaux*, par M. Nast (1925-27).
PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil* (3 vol.).
PONT (Paul). — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. VIII et IX. — *Traité des Petits Contrats*, Paris, 1867.
RAY (Jean). — *Essai sur la structure logique du Code Civil français*. Paris, Alcan, 1926.
ROUAST. — *Traité Pratique du Droit Civil Français*, par Planiol et Ripert, t. I, *La Famille*, par Rouast (1926).
SAVATIER. — *Traité Pratique de Droit Civil Français*, par Planiol et Ripert, t. I. *Les Personnes*, par Savatier (1925).

## II. — OUVRAGES SPECIAUX

AUBENQUE (Emile). — *Des Donations entre vifs comparées avec les Contrats à Titre onéreux*, thèse Montpellier 1903.
CAPITANT (Henri). — *De la Cause des Obligations* (1924). — *Vocabulaire juridique dirigé* par H. Capitant (1930). Le mot Acte.
CHAMBELLAN. — *L'Intérêt Moral et les Stipulations pour autrui*, thèse Paris, 1919.
CHEVALIER (Yves). — *De la notion juridique des Offres de Concours*, thèse Rennes 1924.
CROIZAT. — *La Notion d'Avantage Matrimonial*. Rev. critique 1928, p. 151-213.
DUCOIN (Charles). — *Essai d'une théorie générale de la Renonciation en Droit Civil français*, thèse Lyon 1913.
DUBUS (Jean). — *Des Dispositions à Titre gratuit faites par les Mineurs*, thèse Dijon 1909.
ESTORGES. — *Le but dans les Actes à titre gratuit*, thèse Bordeaux 1921.
FILDERMANN. — *Nature de la Transmission par décès de la succession des parents légitimes*, thèse Paris 1909.
FROUIN (Elisée). — *La Notion juridique de la gestion d'affaire*, thèse Bordeaux 1907.

GROUBER. — *De l'Action Paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris 1920.

HAMEL J. — *La Notion de Cause dans les Libéralités*, thèse Paris 1920.

JOSSERAND. — *Les Transports*, Rousseau 1926. *Les Mobiles dans les Actes juridiques en droit privé*, Dalloz 1928.

LÉVY-ULLMANN ET GRUNEBAUM-BALLIN. — *Les Fondations par testaments*. Rev. trimestrielle de droit civil 1909.

MAURY. — *Essai sur la notion d'Equivalence en Droit Civil français*. 2 vol., thèse Toulouse 1920.

PLANIOL. — *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral*. Rev crit., 1913.
*Classification synthétique des contrats*. Rev. crit., 1904.

PERREAU. — *Courtoisie, Complaisance et Usages non obligatoires*. Rev. trimestrielle de droit civil, 1914, p. 481 à 523.

RAY (Jean). — *La Notion de Donation en Droit Civil français*, thèse, Paris 1912.

RIPERT. — *La Règle morale dans les Obligations civiles*. (Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1925.)

SAVATIER. — *Effets et Sanctions du Devoir Moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, thèse Poitiers 1916.

TIMBAL. — *Des Donations Rémunératoires en Droit Romain et en Droit civil français*, thèse Toulouse 1925.

VALLOIR. — *Essai sur la notion de l'Acte à Titre gratuit*, thèse Rennes 1919.

VOIRIN. — *Etude juridique du pourboire*. Revue trimestrielle 1929, n° 2.

# INTRODUCTION

SOMMAIRE. — I. L'article 1105 du Code civil donne la définition de l'acte à titre gratuit. — II. Cet article, tout en donnant une définition de l'acte à titre gratuit, consacre l'existence d'une certaine catégorie d'actes à titre gratuit, les contrats de bienfaisance. — III. Plan de l'étude entreprise.

I. — On a coutume de rechercher la définition de l'acte à titre gratuit, dans l'article 1105 (chapitre I, T. III, L. III) du Code civil.

Celui-ci, sous le nom de Contrat de Bienfaisance, le définit « *celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.* » On remarque tout de suite que cette définition, dont l'importance doit être grande puisqu'elle permet de distinguer les actes à titre gratuit des actes à titre onéreux, se présente sous l'aspect d'une pure tautologie. Elle revient à dire : est à titre gratuit ce qui est gratuit. C'est pourquoi, pour l'éclairer et lui donner un sens véritable, il convient de la rapprocher de l'article 1104 qui traite de l'acte à titre onéreux. A vrai dire, c'est l'article 1106 qui donne la définition de l'acte à titre onéreux, mais ce texte, comme on l'a universellement remarqué, confondant acte à titre onéreux et contrat synallagmatique, est sans grande importance. L'article 1104, au contraire, est fort utile, il distingue deux sortes de contrats : les contrats commutatifs et les contrats aléatoires, et il

en reconnaît le caractère onéreux commun, grâce au critère de « l'équivalence ». Dans chacun de ces actes, ce que reçoit l'une des parties est « l'équivalent » de ce que lui procure l'autre.

Par *a contrario*, nous savons donc ce que l'article 1105 appelle un « avantage gratuit ». C'est celui qui existe chaque fois que l'une des parties ne reçoit pas de l'autre l'équivalent de ce qu'elle donne. Certes, l'éclaircissement ainsi procuré au texte de l'article est minime, mais il a cependant cet avantage de nous faire sortir d'une définition tautologique, d'une définiton qui n'est qu'un cercle vicieux et de fixer l'énoncé exact qu'a entendu lui donner le législateur.

II. — Une première critique assez peu fondée a été faite à l'article dont nous nous occupons : pourquoi parle-t-il de *Contrat de Bienfaisance* et non *d'Acte à Titre Gratuit?* On peut expliquer facilement le mot de « bienfaisance » par le désir qu'avait le législateur de 1804 de faire ressortir le caractère moral de l'opération; l'explication semble plus difficile pour le mot contrat. Il y a bien des actes (le testament (1) par exemple), qui passent pour être à titre gratuit et qui ne sont point des contrats. On pourrait expliquer cette imprécision de la terminologie par une erreur ou tout au moins une négligence du législateur, explication en dernier ressort, toujours commode, mais qui peut se justifier dans le cas présent.

(1) M. W Fildermann, dans sa thèse sur la *Nature de la transmission par décès et la succession des parents légitimes*, Paris, 1909, v. 1re partie, prétend cependant que la transmission testamentaire et même la simple transmission successorale *ab intestat*, a le caractère contractuel, mais, comme nous aurons l'occasion de le montrer plus loin, cette opinion n'est guère admissible.

Il y a dans les premiers Chapitres du Titre III, consacrés aux conventions et aux contrats, de fort nombreuses dispositions qui intéressent les actes juridiques en général : cause, vices du consentement, etc... A notre avis, la véritable explication doit être plus simple. Dans l'article 1105, comme le pensait Demotombe (1), le législateur a songé à certains contrats dont le Code parlera dans des titres ultérieurs. Ce qui donne une base solide à cette idée, c'est qu'en employant l'expression Contrat de Bienfaisance, le législateur ne semble pas vouloir l'appliquer à la donation (2), bien que cette opération soit un contrat (3) et, de plus, soit considérée comme l'acte gra-

(1) Demolombe. *Traité des Contrats*, t. I, n° 24. La même idée est exprimée par Troplong. *Des donations et testaments*, n°s 5 et 6.

(2) En général, on ne fait pas cette remarque : *Répertoire classique Dalloz*, Contrats et Conventions, t. III, p. 683, n° 11. « L'art. 1105 concerne tous les actes à titre gratuit. »

Planiol. *Traité élémentaire de droit civil français*, t. II (édit. 1921, p. 22) « le contrat à titre gratuit s'appelle aussi contrat de bienfaisance...

« ...Sont contrats à titre gratuit, la donation qui en est le principal exemple », et t. III (édit. 1918), p. 589, « la donation est un contrat de bienfaisance... (art. 1105) ».

Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 3e édition, p. 261, distinguent entre les contrats à titre gratuit (libéralités entre vifs) et les contrats désintéressés (commodat, etc.).

Baudry-Lacantinerie et L. Barde. *Traité théorique et pratique de droit civil. Les obligations*, t. I, page 13, « le plus important des contrats de bienfaisance est la donation ».

V. aussi Baudry-Lacantinerie et Colin, *Dons et Testaments*, t. I, n° 15.

J. Hamel. *De la notion de cause dans les libéralités*, thèse, p. 14.

(3) M. J. Ray, dans le chapitre II de sa thèse sur *La notion de donation en droit civil français*, Paris, 1912, entreprend de

tuit par excellence. Cette exclusion de la donation paraît en effet prouvée par les travaux préparatoires (1). Ceux-ci décident que la donation n'est pas un contrat. Lors de la discussion de l'article 894, il en avait été proposé la définition suivante : « La donation est un contrat qui... ». Le mot *contrat* fut supprimé à la demande du premier consul. Que l'observation du premier consul fût une erreur juridique, cela est exact, mais il paraît douteux que lors de la discussion de l'article 1105, les préparateurs du Code aient pu songer à la donation en la plaçant de nouveau et délibérément sous le signe contractuel. L'article 711 qui sépare les donations des obligations que le Code semble confondre avec les contrats, confirmerait, en outre, cette exclusion.

L'article 1105 consacre donc l'existence d'une catégorie d'actes à titre gratuit, différente des deux autres bien connues, les donations et les legs.

Cependant, le rôle principal joué par cet article n'est pas là, il n'offre pas simplement droit de cité à une nouvelle catégorie d'actes à titre gratuit, il nous donne aussi la définition générale de l'acte gratuit, celle qui est commune à ces différentes catégories. Où la trouverions-nous ailleurs? L'article 894 nous offre une définition de la donation, mais celle-ci insiste peu sur les caractères économiques ou psychologiques de l'opération, elle n'indique que l'obligation au dépouillement des biens donnés qui frappe le donataire et elle appuie surtout sur le caractère

démontrer que la donation n'est pas un contrat, mais nous ne saurions revenir sur une démonstration assez longue et qui, à notre avis, n'est pas soutenable.

(1) V. Planiol. *Traité élémentaire*, t. III, p. 597. Dans Fenet, t. 12, page 260, les observations de Malleville.

juridique tout spécial de l'acte : celui de l'irrévocabilité (1). A propos des contrats de bienfaisance, le Code nous donne sa définition de la gratuité. A propos d'une espèce, il présente la définition du genre (2).

III. — Même si l'on nie que le Code qualifie spécialement du nom de contrat de bienfaisance une cer-

(1) M. Delaporte (*Paudectes francaises*, n° 153, sous art. 894) reproche à la définition de l'art. 894, d'omettre un des caractères distinctifs de la donation, la gratuité. L'art. 893 la compte bien parmi les actes gratuits, mais il ne donne aucune définition de la gratuité; pour trouver celle-ci, il faut se reporter à l'art. 1105.

(2) Il en sera toujours ainsi dans notre Code, comme dans les Codes étrangers : il n'y a pas d'article consacré à la définiton de l'acte à titre gratuit, mais nous trouverons la conception qu'ils en ont, soit à propos de la définition de la donation, soit à propos de celle des contrats de bienfaisance. Le Code civil Chilien de 1857 (traduction H. Prudhomme. *Collection des Codes étrangers.*) donne une définition extensive du « Contrat gratuit ou du contrat de bienfaisance ». C'est dans celle-ci que nous chercherons sa conception de l'acte à titre gratuit. La même remarque est à faire pour le Code Italien (art. 1101) et les Codes qui ont pris modèle sur le Code Napoléon.

Le Code allemand de 1900 ne parle des actes juridiques à titre gratuit qu'à propos de la donation. C'est dans la définition de cette opération (art. 516) que nous trouverons les éléments de notre recherche. Il en est de même dans le Code civil du Canton de Zurich (art. 426), dans le Code Espagnol (art. 618), dans l'ancien Code général des Biens de la Principauté de Monténégro (art. 896).

L'article 1105, avons-nous dit, donne, à propos de l'espèce, une définition du genre, on peut lire à cette occasion l'étude fort intéressante faite par M. J. Ray, dans son livre *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Alcan, 1926, sur les processus de logique formelle dont on rencontre l'application dans les articles du Code civil.

taine catégorie d'actes gratuits (1), l'existence de cette catégorie n'est pas niable. Les textes nous citent plusieurs opérations gratuites, prêt, mandat, dépôt, etc., qu'il est impossible de rattacher aux donations. En fait, si ce n'est d'une manière très explicite, notre Code prévoit bien trois catégories d'actes à titre gratuit, les *Donations,* les *Libéralités à cause de mort,* les *Contrats de bienfaisance,* et de plus, il nous donne une définition générale de l'acte à titre gratuit. Seulement, si on examine comment il distingue un acte à titre gratuit d'un acte à titre onéreux, et comment il distingue les différentes variétés d'actes gratuits les unes des autres. il faut reconnaître qu'il répond très mal à ce double problème.

S'il s'agit de la définition générale de la « gratuité », l'art. 1105 déclare que ce qui en fait l'essence est que l'une des parties ne reçoit pas de l'autre « l'équivalent de ce qu'elle donne, mais il ne nous dit pas très nettement comment on doit apprécier cette équivalence. Le Code n'envisage pas non plus, comme nous le verrons dans la suite, d'autres difficultés que soulève une définition scientifique de la gratuité.

S'il s'agit des différentes variétés des actes à titre gratuit, on s'aperçoit aussi qu'une définition du contrat de bienfaisance manque totalement dans nos textes. Une définition bien nette de la donation

(1) Nous ne prétendons pas, en effet, que les remarques faites au numéro précédent aient une valeur absolue, ce sont des suggestions que nous croyons fortement appuyées; il existe cependant de forts nombreux arguments à faire valoir pour prouver que les rédacteurs du Code ont entendu comprendre la donation dans la définition de l'art. 1105, v. à ce sujet M. Coin-Delisle, *Commentaire du Titre des Donations et Testaments,* 1855, sous art. 894, n° 7.

faisant également défaut dans ceux-ci, on voit qu'il est impossible, en réalité, de distinguer d'une manière précise les différentes catégories d'actes gratuits avec le seul secours de textes.

Le réponses de la jurisprudence et de la doctrine seront-elles meilleures?

Pour ce qui est de la jurisprudence, on peut en douter. Celle-ci considère en effet que la distinction de l'acte à titre gratuit et de l'acte à titre onéreux est une question de fait, extra-juridique. Si un jugement est rendu sur cette matière, la Cour de Cassation ne peut le réformer, il n'y a pas atteinte à des principes du droit (1). D'un autre côté, il n'apparaît pas à la lecture des arrêts que ceux-ci se soient beaucoup occupés de distinguer les diverses catégories d'actes à l'intérieur du titre gratuit. Dans la pratique judiciaire, le problème de la différenciation de certains contrats entre vifs à titre gratuit, les contrats de bienfaisance, d'autres contrats entre vifs à titre gratuit, les donations, ne paraît guère s'être posé.

La doctrine au contraire a fait l'étude de ces problèmes, mais il faut le dire, d'une manière assez vague. La doctrine traditionnelle déclare bien que la gratuité d'un acte exige la présence de deux éléments : un élément matériel l'avantage, un élément intellectuel, l'intention libérale (comme la possession doit comprendre le *corpus* et *l'animus*), mais elle n'entreprend pas l'analyse de ceux-ci et n'entre pas dans plus de détails. Les auteurs les plus récents qui ont traité du sujet ont, en outre, tendance à rapprocher

(1) C. civ. 7 janvier 1862 (S. 62.1.599). Req., 7 décembre 1885 (S. 1888.1.10). Req., 15 janvier 1890 (D. 90.1.30).

leur manière de voir de celle de la jurisprudence, la notion de la gratuité leur paraît d'une nature psychologique extrêmement complexe et fluide, qui ne peut être résolue qu'en présence de cas concrets et dont il paraît un peu illusoire de vouloir emprisonner les éléments dans les termes simples et raides d'une définition juridique (1). La distinction des contrats de bienfaisance des donations et des legs, ne leur a également suggéré que quelques-unes de ces rapides formules qu'il est d'usage de faire figurer dans les notions préliminaires.

On aperçoit maintenant l'objet du présent travail. Les problèmes que nous avons posés peuvent-ils être résolus d'une manière précise ? Nous le croyons, mais pour cela il faut suivre la méthode suivante : En présence de l'insuffisance des textes, l'interprète jouit d'une grande liberté, mais celle-ci ne doit pas être un droit à toutes les fantaisies; les précisions qui manquent, les lignes du dessin qui font défaut, ne peuvent être trouvées que par une analyse rationnelle serrée. Ceci est d'autant moins douteux qu'il s'agit dans notre matière, contrairement à ce que l'on croit ordinairement, d'établir *des catégories juridiques,* c'est-à-dire des cadres essentiels dans l'armature du droit. L'exactitude de la notion de la gratuité que l'on proposera ne peut évidemment provenir que de sa valeur rationnelle, puisque les textes sont muets. Il est nécessaire que celle-ci ne puisse pas trop facilement prêter le flanc à la critique. Il ne suffit pas dans un acte de relever n'importe quelle trace de générosité ou d'avantage au profit de l'une des par-

(1) V. par exemple Planiol et Ripert, t. VI, *Les obligations,* par P. Esmein, n° 39.

ties pour le déclarer gratuit; il faut être plus précis. Il faut un critérium ferme, et qui donne confiance, de la gratuité des actes juridiques. Dans la *Première Partie* de notre travail, on tentera un essai dans ce sens. Les deux premiers chapitres de cette thèse traiteront des éléments qui composent la notion de gratuité : c'est-à-dire de l'avantage conféré au bénéficiaire, et de l'intention libérale du bienfaiteur. Le chapitre III sera consacré à la définition de la gratuité et montrera comment celle-ci peut se découvrir en présence des cas concrets que nous offre le commerce juridique.

C'est également par l'analyse rationnelle, que l'on doit chercher à distinguer les contrats de bienfaisance des autres actes à titre gratuit. Mais cette distinction perdrait beaucoup de son intérêt si ces contrats n'étaient pas soumis à un régime original. Nous montrerons l'existence de ce dernier. Ces problèmes feront l'objet de la *Deuxième Partie* de ce travail. Nous espérons mettre en relief dans celle-ci une catégorie peu connue mais extrêmement intéressante d'actes gratuits. Un chapitre traitera de la définition du contrat de bienfaisance et un autre de son régime.

Enfin, nos études nous amèneront à examiner sommairement dans une *Troisième Partie,* différentes questions qui se rattachent à l'étude de la gratuité et pour ainsi dire l'encadrent. Cette dernière éude s'efforcera de délimiter le domaine commun aux actes à titre gratuit et à titre onéreux : pour arriver à cela, elle mettra en relief un certain nombre de traits identiques que l'on trouve chez l'un et l'autre. Le résultat de cette recherche sera, par contre-coup, l'apparition d'un acte qui échappe à l'une et l'autre qualification. Mais en

regard de cet acte qui se soustrait d'une façon égale à l'emprise des articlees 1105 et 1106 du Code Civil, apparaîtra celui qui, au contraire donne emprise cumulativement à l'un et l'autre, qui réunit en lui les caractères de l'acte gratuit et onéreux, c'est-à-dire l'acte mixte proprement dit. Une section sera consacrée à l'étude du domaine commun aux actes gratuits et onéreux et une seconde section à l'étude de l'Acte Mixte proprement dit, car cette troisième partie très courte ne comprendra qu'un seul chapitre.

Tels sont les grandes lignes du travail que l'on présente au lecteur. Il ne trouvera pas dans celui-ci de vastes dépouillements de jurisprudence il y verra très peu ou pour ainsi dire point de développements historiques, son aspect théorique et abstrait ne lui échappera pas. Nous avons dû forcément nous limiter; c'est uniquement par l'analyse que nous sommes arrivés à nos conclusions, mais nous ne doutons pas du grand intérêt qu'il y aurait à chercher si elles ne trouvent pas un supplément de justification dans certains développements historiques des institutions juridiques, de même que dans une description plus précise et plus fouillée de la jurisprudence des matières qu'elles traitent.

En définitive, le plan que nous suivrons est le suivant :

*Première partie :* Définition de la gratuité des actes juridiques.

Chapitre I. — L'avantage procuré au bénéficiaire.

Chapitre II. — Définition de l'intention libérale.

Chapitre III. — Définition de la gratuité des actes juridiques et application de cette définition.

*Deuxième partie :* Les contrats de bienfaisance.

Chapitre I. — Définition de la gratuité des contrats de bienfaisance.

Chapitre II. — Influence de la gratuité sur le régime des contrats de bienfaisance.

*Troisième partie* et Chapitre unique. — Domaine commun des actes gratuits et onéreux. l'Acte mixte.

*Conclusion.* —

# PREMIERE PARTIE

La doctrine traditionnelle dit avec juste raison que l'acte gratuit comprend deux éléments, *l'intention libérale* du bienfaiteur, *l'avantage* conféré au bénéficiaire. Mais ces deux éléments se retrouvent dans toute notion de la gratuité, même dans les cas où celle-ci n'est pas prise en considération par le droit. Nous rencontrerons en effet des hypothèses où l'on doit refuser de qualifier juridiquement de gratuit un acte qui pourtant du point de vue moral ou psychologique postule cette qualification. Cela provient de ce que dans notre matière on ne doit tenir compte de l'avantage procuré au bénéficiaire de l'acte et de l'intention libérale du bienfaiteur que s'ils présentent certains aspects. La définition juridique de la gratuité doit donc différer d'une définition purement psychologique de celle-ci. L'explication de cette distinction est facile à trouver : cette notion dans le droit n'est prise en considération qu'au point de vue de la réglementation des rapports patrimoniaux des hommes entre eux; elle perdra donc nombre de ses traits primitifs pour prendre au dépens de sa complexité et de sa richesse native, un aspect plus raide, plus appuyé, plus simple, plus visible, en un mot plus conforme au nouveau rôle qu'elle doit jouer.

Comment peut-on établir cette définition juridique de la gratuité ? C'est ce que nous allons chercher dans cette première partie.

## CHAPITRE PREMIER.

### L'AVANTAGE PROCURÉ AU BÉNÉFICIAIRE (1).

SOMMAIRE. — I. Tous les actes à titre gratuit comportent un avantage conféré au bénéficiaire. — II. Définition de l'avantage. — III. Impossibilité de distinguer l'acte à titre gratuit de l'acte à titre onéreux, suivant le simple critère de l'avantage. Quel sens faut-il attacher à la notion « d'équivalence » qui, suivant le Code, est le critère de cette distinction ? — IV. Il n'est pas nécessaire que l'avantage procuré au bénéficiaire soit la cause d'un appauvrissement du bienfaiteur. — V. Différentes hypothèses qu'il est nécessaire d'examiner pour voir si un appauvrissement du bénéficiaire, en rapport avec l'avantage à lui procuré, détruit ou ne détruit pas ce dernier. — VI. Nature de l'avantage. — VII. Résumé.

I. Dans les différentes catégories d'actes à titre gratuit, nous retrouvons facilement l'avantage procuré au bénéficiaire. Dans les Contrats de Bienfaisance, la forme même de l'acte en présuppose le caractère gratuit. Sans doute celui-ci est-il visible dans des opérations comme le dépôt, le mandat, le prêt gratuit; dans ces contrats, l'enrichissement causé à l'une des parties est évident, mais il n'en est pas de même dans une opération comme le cautionnement, où la qualification de l'acte semble établie sur une véritable présomption d'avantage procuré et d'intention libérale. Il y aurait cependant une erreur à voir les choses

(1) Nous employons le mot « avantage » parce que suivant l'acceptation très large qu'on lui donne, il peut porter sur n'importe quel droit (droit réel, droit de créance). Nous emploierons aussi, dans ce chapitre, le mot profit comme synonyme d'avantage.

ainsi : une analyse certes un peu complexe, mais dont on ne peut douter de la justesse, nous montrera en quoi consiste la « gratuité » de cette opération, quelle est la nature réelle de l'avantage procuré au débiteur cautionné (voir N^e^ Partie, chapitre I, n° II).

En un mot, dans tous les actes dont nous parlerons, nous trouverons un avantage consenti par le bienfaiteur au bénéficiaire. Cela se comprend car, comme nous essaierons de le montrer dans ce chapitre, celui-ci constitue l'élément essentiel sur lequel repose la notion de l'acte à titre gratuit.

II. Nous nous occuperons, dans ce chapitre, de l'avantage *à l'état pur, quel que soit l'aspect particulier qu'il revête,* c'est-à-dire, *quel que soit le droit sur lequel il porte* (ce qui différencie les libéralités des contrats de bienfaisance), ou *quelle que soit la façon dont il est constitué* (ce qui différencie les libéralités entre vifs des libéralités à cause de mort). Cet avantage est essentiellement défini par le fait que le profit qu'il procure au bénéficiaire a lieu sans contre-partie donnée par ce dernier au bienfaiteur : cette contre-partie ayant pour effet naturel de détruire l'avantage. *L'absence de contre-partie* du bénéficiaire au bienfaiteur, définit donc d'une façon essentielle l'avantage. Mais il y a lieu de faire à ce propos la remarque suivante :

La gratuité peut ne pas concerner tout l'acte où elle se trouve. Elle peut se trouver enchâssée au milieu d'un acte dont la structure rappelle celle d'un acte onéreux (contrats de bienfaisance, donations avec charge). Si l'acte en entier est déclaré à titre gratuit, cela aura lieu en vertu d'une règle étrangère à notre matière, en vertu de la règle de l'indivisibilité des

actes juridiques. Mais dans ce dernier cas, si on laisse de côté l'emploi de l'indivisibilité, pour qualifier l'acte il importe de ne pas considérer l'acte dans son ensemble pour voir s'il y a ou s'il n'y a pas contre-prestation du bénéficiaire au bienfaiteur, il faut considérer la partie gratuite de l'acte, pour voir si celle-ci comporte ou ne comporte pas cette contre-prestation.

III. Suivant l'article 1104 du Code civil, le profit seul suffirait pour prouver la gratuité de l'acte, car cet article ne parle que d' « équivalence » des prestations : suivant la réalisation ou la non-réalisation de celle-ci, l'acte serait à titre gratuit ou à titre onéreux.

Mais si on n'attache d'importance qu'à l'avantage, il faut être assez habile pour arriver à démontrer que dans les actes à titre onéreux, il ne peut pas se présenter et qu'il se réalise seulement dans les actes à titre gratuit.

Voyons si on peut arriver à faire cette démonstration.

Dans les actes à titre onéreux, dira-t-on, l'équivalence ne peut jamais être rompue, car elle est définie d'une façon *subjective* par les parties et ne consiste point dans la comparaison objective de deux objets qui paraissent aux yeux des hommes de valeur égale. Cette conception subjective, la jurisprudence l'a hautement affirmée (1), le bon sens veut que l'on soit

(1) La jurisprudence l'affirme pour tous les contrats à titre onéreux. Arrêt Bardet, 14 avril 1863 (D. 63.1.402). La Cour de Cassation déclare : « Attendu que, d'après l'art. 1104 du Code civil, le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire quelque chose qui est regardé comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. Attendu qu'il n'appartient qu'à la partie qui stipule d'apprécier si la convention lui attribue l'équivalent de ce qu'elle donne. »

aussi de cet avis. L'équivalence, disons-nous, ne peut disparaître dans un acte à titre onéreux, car chacune des parties estime qu'elle reçoit toujours l'équivalent de ce qu'elle donne, par le simple fait qu'elle accomplit l'acte *en tant qu'affaire* (1). Même si l'acte lui

Arrêt du 7 mars 1888 (*Aff. de la ville de Marseille,* Req. 7 mars 1888. D. 88.1.267, S. 90.1.181) « Attendu que (leurs engagements réciproques), dans l'intention commune des parties et au point de vue de leur intérêt respectif, ont été considérés par elles comme l'équivalent de ce qu'elles faisaient réciproquement l'une pour l'autre. »

Trib, civ. de Langres, 15 mars 1900 (Affaire Deaubrive, S. D. 1900, 2.442), « les Tribunaux n'ont pas à rechercher si l'intérêt (des parties) constitue à tous égards un équivalent exact de ce qui a été fourni en retour, *les parties ayant seules qualité et compétence pour faire souverainement une telle appréciation...* ».

Il est à remarquer, que si la raison impose cette conception subjective de l'équivalence dans le contrat commutatif, elle n'est, cependant, pas fort bien indiquée par les termes de l'art. 1104 qui disent : « le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose *qui est regardée* comme l'équivalent de ce qu'on donne ou de ce qu'on fait pour elle » et non *qu'elle regarde* comme l'équivalent de ce qu'on donne ou de ce qu'on fait pour elle.

(1) M. Timbal (*Des donations rémunératoires en Droit Romain et en Droit Français,* thèse. Toulouse, 1925.) a un autre moyen pour établir qu'il y a équivalence entre les prestations, quand il s'agit d'un acte à titre onéreux. « Par une vente, un échange, un louage de service, dit-il, aucun patrimoine ne se trouve augmenté : ces actes sont des contrats onéreux. Un paiement est un acte à titre onéreux. parce que le *solvens* ne s'appauvrit pas; il se libère d'une obligation égale au prix payé; et l'*accipiens* ne s'enrichit pas, il perd une créance égale au prix reçu ». Mais n'en sera-t-il pas de même dans un acte à titre gratuit? On attend avec intérêt la différence qu'on va nous révéler; notre attente, il faut le dire, est déçue... « ...Au contraire, ajoute M Timbal, sans plus d'explications, une donation pure et simple est un acte gratuit : le donateur s'appauvrit, le donateur s'enrichit... » N'est-ce pas confondre l'exé-

cause une perte, s'il y a inégalité réelle entre les prestations, elle accepte l'échange et par là reconnaît (ou feint de reconnaître, ce qui revient à la même chose) qu'elle le fait en tant qu'affaire (1).

Ce raisonnement est certes exact, mais il fait voir en même temps que cette équivalence entre les pres-

cution d'un acte avec cet acte lui-même? La conclusion d'un acte à titre gratuit, comme celle d'un acte à titre onéreux, crée au profit du bénéficiaire une créance, en l'exécutant le bienfaiteur l'éteint. Nous aurons l'occasion de voir que la confusion entre l'acte et son exécution, contribue à fournir plus d'une solution fausse dans la matière qui fait le sujet de notre étude (v. chap. II, n° 5; III[e] Partie, n° III).

(1) C'est pourquoi un acte lésionnaire reste un acte onéreux. Il ne pourrait pas y avoir acte gratuit pour la part égale à la lésion et acte à titre onéreux pour le reste. L'équivalence entre les prestations subsiste. Le fait qu'il y a une réglementation de la lésion (art. 1306, 887, 1674), n'implique nullement que le législateur revient à un critère objectif de l'équivalence, car il ne s'appuie pas sur cette notion pour justifier la lésion, mais sur le fait qu'il y a vice du consentement chez l'une des parties contractantes, donc sur l'élément psychologique qui établit l'équivalence (v. Grouber, *De l'Action Paulienne en Droit Civil Français contemporain*, thèse, Paris 1913. n[os] 141, 142, 143. — Idem Maury, *Essai sur la notion d'Equivalence en Droit Civil Français*. Thèse Toulouse 1920, p. 173-174).

Dans de très intéressants développements, M. Maury signale les efforts du législateur (p. 199 à 207) et de la jurisprudence pour établir entre les parties une équivalence objective de prestations : Ainsi la jurisprudence s'est donnée un droit de contrôle sur le salaire du mandataire salarié, mais par la conception fort large qu'elle se fait du mandataire, elle arrive à contrôler le salaire d'un nombre considérable de personnes (architectes, médecins, agents d'affaire de toute sorte, etc., v. p. 180 à 199). « Sous le couvert du paravent juridique du mandat, la jurisprudence se donnerait un droit de contrôle sur le salaire « des techniciens »... ». Mais ces efforts, encore bien localisés, ne sauraient détruire le principe que dans les actes onéreux l'équivalence des prestations est définie subjec-

tations n'est établie que parce que les parties manifestent une intention de lucre, celle de « faire une affaire ».

L'élément économique n'est donc pas suffisant à lui seul pour qualifier l'acte, il suppose l'existence d'une intention, c'est-à-dire d'un élément psychologique. C'est grâce à cette intention seulement qu'on arrive à démontrer que l'acte ne confère aucun avantage. Le raisonnement qui, en parlant « d'équivalence », semble ne retenir qu'un élément purement économique pour qualifier l'acte à titre onéreux, n'y parvient donc qu'au prix d'un véritable trompe-l'œil.

Ainsi l'inégalité objective des prestations ne suffit pas à rompre leur équivalence au sens où nous l'avons définie. Pour que cette rupture ait lieu, pour que l'avantage naisse à la vie juridique et qu'il soit pris en considération dans la qualification de l'acte, il faut *que l'intention de lucre* disparaisse et que *l'intention libérale* se manifeste, s'exprime. Intention libérale et avantage sont donc intimement unis dans la notion de gratuité. Mais quand l'intention libérale apparaît dans un acte, la conception subjective de l'équivalence des prestations disparait pour faire place à une conception *objective* de celle-ci Le profit du bénéficiaire visé par l'intention doit être *réel, les tiers doivent pouvoir le vérifier.* Quand nous nous trouverons en présence d'une donation avec charge, l'équivalence sera mesurée avec la précision d'une balance. On veut séparer ce qu'il y a de gratuit de ce qu'il y a d'onéreux dans l'acte : tout ce qui n'est pas équilibré par l'autre plateau est du profit pour l'une des

tivement par les parties, ce que M. Maury ne met, du reste, pas en doute.

parties, détermine le domaine réel de l'acte à titre gratuit. (Nous laissons de côté la question de l'indivisibilité de l'acte total.) On en arrive à constater que l'intention des parties joue, contrairement à ce que l'on croit, un rôle beaucoup plus important dans les actes à titre onéreux que dans les actes à titre gratuit. L'intention de lucre réussit, en effet, à elle seule, à établir l'équivalence des prestations, tandis que dans l'acte gratuit, l'intention libérale n'a de réelle valeur que si elle correspond à un fait (1). Comment expliquer cette façon différente de concevoir l'équivalence dans l'un et l'autre cas? Pourquoi ne pas laisser aux parties,

(1) Pour que cette observation sur la force particulière que présente l'intention dans les actes à titre onéreux ne prête pas à équivoque, il faut en préciser le sens par deux remarques : 1° On ne saurait prétendre que si l'acte présente deux prestations réciproques et d'inégale valeur de la part des parties en présence, il est forcément à titre onéreux s'il a été qualifié ainsi. Il est toujours permis de rechercher quelle a été la véritable pensée des auteurs de l'opération et de voir s'ils n'ont pas entendu, en réalité, faire une libéralité sous le couvert d'un acte à titre onéreux. Il peut même, dans certains cas, y avoir présomption dans ce sens, cela se voit quand il s'agit du rapport, cette présomption peut même être légale (voir à propos de la Réduction, l'article 918 du Code civil). Mais la règle normale est cependant que l'on ne doit pas conclure au caractère gratuit de l'acte et que, malgré l'inégalité des prestations, on doit le présumer, jusqu'à preuve contraire, à titre onéreux; 2° En second lieu, on ne saurait, par contre, nier la vertu spéciale de l'intention onéreuse dans l'acte en invoquant le cas de la donation déguisée. Cette intention ne peut, en effet, établir par elle seule l'équilibre des prestations que dans le cas où il y a deux prestations. Dans la donation déguisée, il n'y a pas de prestations réciproques, comment pourrait-on parler d'équilibre à établir ? Cet acte sera à titre gratuit bien que l'intention libérale n'ait pas été exprimée parce qu'il est impossible de concevoir qu'elle n'ait pas présidé à sa naissance (voir chapitre II, n° IV).

comme dans l'acte onéreux, la possibilité de définir subjectivement l'avantage que procure l'acte à titre gratuit qu'elles font entre elles ?

On peut faire la réponse suivante : Quand il s'agit d'un acte onéreux, un critérium purement objectif, de l'équivalence, entraverait, à chaque instant, les rapports economiques des hommes. Ceux-ci agissent alors sous le signe de l'intérêt, leur volonté tout entière tend à la conclusion de l'acte tel qu'ils l'ont défini. L'acte à titre gratuit s'accomplit au contraire sous un ciel plus tranquille d'où a disparu la notion d'intérêt. Si le bienfaiteur a réellement l'intention de transférer un avantage au bénéficiaire de l'acte, sa volonté doit être également que celui-ci puisse être vérifié par les autres hommes, c'est-à-dire qu'il ait une valeur objective. Pourquoi s'opposerait-il à cette vérification, puisqu'en principe il déclare ne pas vouloir profiter de l'acte ? Par cette déclaration ne s'en remet-il pas au jugement social ?

On peut dire enfin et surtout que le régime anormal dont le législateur a doté l'ensemble des actes à titre gratuit est établi en considération de la réalité objective de l'avantage : comprendrait-on autrement tant de règles si dangereuses pour les tiers ? Comprendrait-on par exemple l'effet rétroactif de la révocation de la donation s'il y a survenance d'enfant, avec la suite de ses conséquences vis-à-vis les tiers, si la Société se refusait le droit de vérifier la réalité de l'opération ?

Dans ces conditions, peut-on ne pas admettre le critère objectif de l'équivalence dans les actes à titre gratuit? Lui seul donnera une réalité, une assise solide à la qualification prévue par le Code. Avec l'appréciation

objective de l'avantage, nous aurons le moyen le plus rationnel, le plus juste, le plus commode, par lequel on peut distinguer les actes ressortissant du titre gratuit, de ceux qui appartiennent au titre onéreux.

IV. — Faut-il admettre que l'avantage procuré au bénéficiaire ait pour source l'appauvrissement du bienfaiteur. Des auteurs l'ont soutenu, en réalité, cela ne semble pas nécessaire. Mais avant d'aborder cette question, il faut s'entendre sur les mots.

Au point de vue juridique, un acte gratuit crée toujours un « appauvrissement » (voir II[e] Partie, chap. I) car le bienfaiteur grève son patrimoine en transférant un droit ou en s'obligeant vis-à-vis du bénéficiaire; mais au point de vue *économique,* l'appauvrissement peut n'avoir pas lieu, il suffit, par exemple, de supposer que le bienfaiteur donne un objet qui, pour lui, est sans valeur, ou même sera l'occasion d'une perte. Ainsi le problème que l'on examine s'est posé à propos d'une hypothèse signalée par M. Demogue (1), celle d'un co-propriétaire qui abandonne ses droits sur un mur mitoyen pour n'avoir pas à le réparer. M. Demogue a soutenu que le co-propriétaire ne faisait pas un acte gratuit, car il ne s'appauvrissait pas. Cependant, si l'on examine le problème on ne saurait admettre l'introduction dans la notion de la gratuité de cette nouvelle condition. Malgré son manque d'appauvrissement, le bienfaiteur, en effet, n'en a pas moins procuré un avantage au bénéficiaire et en second lieu, cette absence d'appauvrissement ne supprime pas l'intention libérale.

La suite de cette étude conduira à penser que l'exis-

(1) Demogue, *Traité des Obligations,* t. II, n° 916.

tence de l'intention libérale est suffisamment prouvée par le simple fait qu'elle est exprimée (l'avantage du bénéficiaire étant établi) sans qu'on ait à rechercher sa qualité, ni même la réalité de son existence au point de vue moral. Même si l'on rejette cette opinion, on doit dire que dans tous les cas où le donateur a la possibilité de faire un choix entre les personnes qu'il peut gratifier, la simple réalisation de ce choix révèle à elle seule l'existence d'une véritable intention libérale. Mais si on reconnaît qu'il n'est pas nécessaire à l'existence de l'intention libérale, quelle raison peut alors justifier l'introduction de l'appauvrissement du bénéficiaire comme un nouvel élément de notion de la gratuité ? Ne serait-ce pas une vague et inconsciente confusion avec les règles de l'enrichissement sans cause qui pourtant n'ont rien à voir dans notre matière ?

En réalité, si certains auteurs demandent, outre l'avantage procuré au bénéficiaire, un sacrifice du bienfaiteur, c'est qu'ils forcent la conception psychologique qu'on doit avoir de l'intention libérale. C'est qu'ils recherchent celle-ci dans les qualités des intentions, l'appréciation des sentiments, alors qu'en réalité (comme nous le verrons dans la suite) on en doit avoir une conception objective et que c'est principalement en regardant du côté du gratifié que nous serons renseignés sur son compte.

Notons qu'en exigeant un appauvrissement économique du patrimoine du bienfaiteur pour qu'un acte soit gratuit, on rend bien compliquée la démonstration de la gratuité du legs. Au point de vue juridique, le disposant diminue son patrimoine, il le grève d'un droit qui naîtra à l'instant même de sa mort, mais il

ne peut personnellement ressentir en aucune façon les conséquences de cet appauvrissement : sous l'angle économique et psychologique, on ne peut pas dire qu'il s'appauvrit. A ce dernier point de vue, pourrait-on considérer que son patrimoine s'appauvrit, lui-même ne s'appauvrissant pas? Mais on ne peut, quand même, donner une valeur de réalité absolue à la pure fiction de la continuation de la personne du défunt. M. Hamel (1) dit très justement qu'un legs ne peut jamais amorcer un acte à titre onéreux, parce que l'intérêt du disposant disparaît au moment même où le testament produit effet; en raisonnant ainsi, il se refuse à admettre qu'il puisse enrichir son patrimoine tout en ne profitant pas lui-même des effets de cet enrichissement (2). Le même raisonnement trouve application dans notre cas si l'on adopte la conception de la gratuité qu'on nous propose. On ne saurait non plus, considérer que le sacrifice du disposant consiste, comme semble l'indiquer M. Coin-Delisle (3) à propos des donations à cause de mort, dans le fait que, loin de préférer le bénéficiaire à lui-même, il le préfère à son héritier, car premièrement, ce sacrifice, la plupart du temps, ne présentera aucun caractère psychologique du sacrifice (le disposant peut, par exemple, se venger de son héritier), et en second lieu, on ne saurait concevoir les héritiers comme faisant

(1) Hamel, *De la notion de cause dans les libéralités*, p. 28

(2) Un acte à titre onéreux peut être fait par legs, il s'agit de la fondation de messes. L'enrichissement procuré au *de cujus* n'est pas pécuniaire, mais strictement d'ordre spirituel : le fondateur fait dire des messes pour obtenir le repos de son âme. V. Gabolde, *Les fondations de messes*, Revue critique, 1924, p. 492 et s.

(3) Coin-Delisle, *op. cit.*, introduction, p. 5, n° 4, 1re colonne.

partie, en quelque sorte, du patrimoine du testateur. On ne saurait dire enfin que l'appauvrissement du patrimoine du disposant est ressenti par l'héritier, car celui-ci n'a jamais reçu sa part que grevée de la charge du legs, et n'a jamais eu aucun droit à celle-ci libre de toute charge. De plus, il faudrait alors logiquement le regarder comme étant lui-même le bienfaiteur, ce que l'on ne saurait admettre. Si l'on considère au contraire que l'appauvrissement économique (ou psychologique) du bienfaiteur importe peu dans la notion de la gratuité et que c'est l'avantage du bénéficiaire qui en constitue le caractère essentiel, la gratuité du legs s'explique alors d'une façon simple, logique, et qui ne donne pas lieu aux objections formulées ci-dessus.

V. Si le profit du bénéficiaire est nécessaire pour établir la gratuité d'un acte, il peut être parfois assez délicat de le déceler. Il peut exister nonobstant des apparences contraires. Ainsi un appauvrissement du bénéficiaire corrélatif à l'avantage qu'il reçoit peut très bien ne pas détruire ce dernier. Cette question mérite d'être examinée, nous allons essayer de classer dans ce numéro, les hypothèses où cet appauvrissement possède cet effet destructeur et celles où il ne l'a point.

Pour cela nous examinerons successivement :

1° Le cas où il se produit au profit du bienfaiteur.

2° Celui où il se produit au profit du bénéficiaire lui-même.

3° Celui où il se produit au profit d'un tiers.

### § 1er. — *Appauvrissement du bénéficiaire au profit du bienfaiteur.*

La règle générale est que l'appauvrissement du bénéficiaire, au profit du bienfaiteur, fait disparaître l'avantage et rend l'acte à titre onéreux. Mais il est nécessaire toutefois qu'il y ait un lien juridique entre l'un et l'autre élément et que cette liaison n'existe pas au regard d'une seule des parties, mais au regard des deux. Ainsi, il ne suffit pas que la cause juridique du don du bienfaiteur soit l'appauvrissement qu'a subi à son profit le bénéficiaire, il faut aussi que la cause juridique de l'appauvrissement du soi-disant bénéficiaire soit le don du soi-disant bienfaiteur. Ces conditions requises, l'acte pourra être à titre onéreux. Le caractère réciproque de la cause affirme donc la liaison juridique qui unit ces deux éléments. Si elle n'existe pas, nul rapport obligatoire n'existe non plus. L'une des deux parties peut s'appauvrir au profit de l'autre, mais, parce que l'autre n'est nullement obligée de la dédommager, si elle le fait, elle lui procure un avantage. Ceci explique pourquoi les donations réciproques (1), les donations rémunératoires, les pourboires (2), toutes les variétés de récompenses qu'on peut donner à propos d'un service rendu, ne consti-

(1) Quand ce sont de véritables donations réciproques, v. chap. III.

(2) V. la fine analyse que fait M. Voirin du pourboire, la distinction des cas où celui-ci est une libéralité de ceux où il n'a plus les caractères d'un acte gratuit. *Etude juridique du pourboire*, rev. trim. de droit civ. 1929. — V. aussi Perreau, *Courtoisie, Complaisance et Usages non obligatoires en jurisprudence*, même revue, 1914, p. 508 et suiv.

tuent pas des actes à titre onéreux. Dans tous les cas, le bénéficiaire s'est bien appauvri au profit du bienfaiteur, mais ce dernier n'est nullement tenu par le droit de lui en savoir gré et de s'appauvrir à son tour à son profit; s'il le fait, *il y aura avantage procuré au bénéficiaire.*

Une deuxième condition exigée pour que l'appauvrissement du bénéficiaire au profit du bienfaiteur fasse disparaître son enrichissement, c'est qu'il soit d'une valeur économique sensiblement égale à celui-ci, nous aurons l'occasion de revenir plus tard sur cette deuxième condition et de montrer que ce n'est pas la réciprocité des obligations, mais l'aspect économique de l'opération, qui détermine son caractère gratuit ou onéreux. Si l'appauvrissement du bénéficiaire est inférieur à son enrichissement et si les parties ont qualifié l'acte de gratuit, cette qualification se justifie et l'acte est réellement gratuit dans la mesure où l'avantage subsiste.

### § 2. — *Appauvrissement du bénéficiaire à son propre profit.*

Nous avons vu qu'un appauvrissement du bénéficiaire, même s'il semble au profit du bienfaiteur, peut ne pas détruire l'avantage qu'il a reçu. Etudions maintenant une autre hypothèse, celle où l'acte gratuit entraîne un *appauvrisement du bénéficiaire à son propre profit* (cet appauvrissement étant la cause de l'acte). Nous allons voir que, dans ce cas, son appauvrissement ne détruit pas l'avantage à lui procuré. M. Planiol, dans une note au Dalloz (1), a finement

(1) Dalloz (1891. 2. 113).

analysé ce cas. Si une donation est faite à quelqu'un pour qu'il s'offre, par exemple, un voyage d'agrément, la question ne paraît pas offrir de difficultés : il y a là un enrichissement du gratifié, il fait ce voyage « sans bourse délier ». Mais que dire si la donation lui était faite en vue d'accomplir un voyage lui causant une dépense supérieure au chiffre de la donation. Ne semble-t-il pas y avoir alors disparition de son enrichissement, disparition corroborée par le fait que sa volonté est contrainte, la donation jouant comme condition de la dépense ? Raisonner ainsi serait mal raisonner. Il ne faut pas oublier que le profit de la dépense va au donataire lui-même. Tout se passe comme si, au cours d'une dépense que celui-ci ferait, quelqu'un y participait pour une certaine somme. Le donataire s'enrichirait alors de ce qu'il n'a pas dépensé; comme le dit M. Planiol, « cette personne n'en reçoit pas moins une valeur qui a augmenté d'autant sa puissance d'action » (1). Le fait que la donation apparaît comme une condition de la dépense, qu'à ce point ce vue une contrainte pèse sur le donataire, ne change en rien le caractère de l'acte. La dépense qu'il fera aura lieu à son seul profit; l'avantage conféré au gratifié, condition essentielle de l'acte, existe. Peu nous importe alors de savoir s'il a fait cette dépense plus ou moins spontanément. Il est à remarquer, du reste, que dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, il s'agit d'une imposition de volonté librement acceptée. Mais on peut aller plus loin, dans un cas, il est vrai, exceptionnel, nous verrons que même si la contrainte existe d'une façon indéniable, de telle sorte que le bénéficiaire est

(1) Idem Maury, *Essais sur la notion d'Equivalence en droit civil français* (thèse Toulouse, 1920, p. 59).

obligé de recevoir l'avantage qu'on lui procure, l'acte reste à titre gratuit : nous faisons allusion ici au caractère gratuit de la gestion d'affaire, mais nous reviendrons plus tard sur cette question qui exige des explications nombreuses et délicates (voir Deuxième Partie, chapitre I. n° VII).

Voici deux applications qu'on peut donner des observations faites ci-dessus (1).

1° On sait que la dot est considérée, en général, comme un acte à titre gratuit, soumis aux règles de donations, mais que vis-à-vis les créanciers du constituant, elle passe pour un acte à titre onéreux (2). Ceci empêchera ces derniers d'attaquer par l'action Paulienne, l'époux en faveur duquel elle a été constituée, s'ils ne peuvent démontrer qu'il a été complice de la fraude.

Pour prouver le caractère onéreux de la dot dans les rapports de l'époux doté et du constituant, la jurisprudence déclare qu'elle n'est donnée à cet époux, qu'à condition qu'il se marie, c'est-à-dire qu'il accepte les charges d'un ménage. C'est donc, dit-elle, une donation onéreuse, la charge du gratifié détruit la gratuité de l'acte.

M. Planiol (3) réfute cette façon de voir : « c'est,

(1) Nous règlerons ce problème, abstraction faite de la question de savoir si la constitution de dot est pour les père et mère une obligation naturelle. (Colin et Capitan, *Manuel*, t. III, p. 45 et 46. M. Nast, *Les Régimes Matrimoniaux*, 1re partie, nos 113-115. (*Traité pratique de Droit civil Français*, Planiol et Ripert, t. VIII.)

(2) Cass. 25 février 1845. D. 45, 1.174. S. 45, 1.174. — Cass. 11 novembre 1878. D. 79, 1.416. S. 80, 1.28. — Cass. 18 janv. 1887. S. 87. 1. 97, note Labbé D. 87. 1. 257.

(3) Planiol, *Manuel*, t. III, p. 51, nos 883, 884-5-6-7.

dit-il, envers son conjoint et non envers son constituant » que l'époux doté prend un « engagement ». Il n'en prend aucun vis-à-vis de ce dernier, de sorte que l'élément essentiel du contrat onéreux manque : une des parties reçoit quelques chose de l'autre et ne lui promet rien en échange. C'est donc un acte à titre gratuit... Certes, la solution que propose M. Planiol, et qu'adopte avec lui l'unanimité de la doctrine, est juste, mais le raisonnement par lequel il l'établit l'est moins. L'époux doté s'engage bien (si ce n'est pas en termes exprès, tout au moins d'une façon tacite) vis-à-vis le constituant, contrairement à ce que dit notre auteur, à assurer avec sa dot les charges du ménage (c'est en cela que consiste la cause de la donation), seulement cet engagement est à son seul profit (ou au profit du ménage, c'est-à-dire, en définitive, à son profit). Malgré son engagement, il s'enrichit car, suivant l'observation de M. Planiol, lui-même, « la dot accroît sa puissance d'action ».

2° Nous pouvons trouver une autre application de cette idée avec les « Offres de concours ». Si le travail réclamé, condition de l'offre, a lieu au profit de l'administration, s'il y a « accroissement de sa puissance d'action », comment peut-on nier la nature gratuite de l'opération? Ce n'est pourtant pas cette solution qui a été adoptée en général, il semble même que les publicistes se sont donné comme mot d'ordre d'empêcher à tout prix cette qualification (1). Voici ce que dit l'un des plus éminents d'entre eux, M. le profes-

(1) Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 740, note 1. — Tissier, *Dons et Legs*, II, n° 354. — En sens contraire pourtant, Romieu, *Conclusion dans l'affaire Gau. Bosc.* Conseil d'Etat, 9 mars 1906, Rec. p. 225.

seur Jèze (1) : « S'il y a appauvrissement du donateur, sans enrichissement du gratifié, il n'y a pas libéralité.

Or tel est le cas dans l'offre de concours. L'idée dominante est celle de doter et de développer les services publics et non *d'enrichir le bénéficiaire de l'offre de concours*. L'offre de concours se traduit toujours, pour l'administration, par la création ou l'extension d'un service ou d'un ouvrage public, c'est-à-dire par une *dépense* (2). L'administration qui bénéficie d'une offre de concours assume une dépense supplémentaire. Sans doute, s'il n'y avait pas offre de concours, la dépense serait plus forte; mais peut-être aussi l'administration n'aurait-elle pas fait du tout le travail public et n'aurait-elle pas engagé la dépense ?

Cette observation suffit, à elle seule, à écarter toute idée de libéralité. L'offre de concours n'est donc jamais une libéralité. »

Nous ne saurions admettre le raisonnement de l'éminent juriste : pour se convaincre de son inexactitude, il faut le reprendre. La démonstration entretient déjà une certaine confusion sur le mot « dépense ». Quand M. Jèze dit : « dans l'offre de concours il n'y a pas enrichissement du donataire parce qu'il en résulte toujours une dépense pour l'administration », il donne au mot « dépense » le sens de perte qu'il n'implique nullement. La dépense du donataire n'entame pas son patrimoine primitif, mais

(1) Jèze, *Contrats administratifs* (cours de droit public, 1925, p. 168, n° V.

(2) Dans ce passage, ce n'est pas nous, mais M. Jèze lui-même qui souligne.

portant sur les sommes qu'il ne possédait point, elle lui procure un gain.

Or, dans notre cas, il en est de même pour l'administration : elle s'enrichit. Comme elle représente les administrés, l'offre de concours qui permet à l'Administration de fortifier, de perfectionner, d'augmenter les services publics crée un enrichissement au profit de la communauté, c'est-à-dire à son propre profit.

Cet enrichissement existerait même s'il y avait participation de l'administration à la dépense sur ses propres fonds. Nous sommes alors dans l'hypothèse du voyage d'agrément déjà examinée. L'offre « accroît sa puissance d'action », et dans cette mesure elle lui profite. Que penser de l'argument suivant lequel il n'y a pas enrichissement du bénéficiaire, car sans l'offre, il n'aurait peut-être pas fait cette dépense qu'il paie de ses propres deniers ? A notre avis, il est peu probant. Si une personne se décide à faire une dépense qui lui profite essentiellement parce qu'une autre lui en paie une partie, on ne saurait dire qu'elle fait avec cet autre un acte à titre onéreux. Le bénéficiaire de l'opération l'a librement acceptée; celle-ci a lieu en vue de son profit, peu nous importe le fait que dans d'autres circonstances il aurait pu la faire ou ne point la faire.

Nous ne trouvons donc pas, en définitive, d'assise solide à l'argumentation de M. Jèze contre la gratuité de l'offre de concours. Au fond, on la sent dominée par l'idée qu'une imposition de la volonté du donateur au donataire rend l'acte onéreux. On la sent influencée par cette idée assez répandue, que la condition à laquelle est soumis un acte à titre gratuit peut être analysée en une contre-prestation qui rend celui-

ci à titre onéreux. Elle ne fait pas la distinction indispensable qui consiste à regarder si, économiquement, cette condition détruit ou ne détruit pas l'avantage conféré au bénéficiaire de l'acte. Or, dans l'hypothèse examinée, la condition ne dissipe pas l'avantage du bénéficiaire, bien au contraire, elle l'appuie et l'affirme.

### § 3. — *Appauvrissement du bénéficiaire au profit d'un tiers.*

Quand le gratifié s'appauvrit au profit d'un tiers, c'est-à-dire quand il y a donation avec charge, deux hypothèses intéressantes se présentent. Il s'agit du cas où la charge imposée au gratifié est égale à la gratification et celui où elle est supérieure à cette dernière.

Dans ces deux cas de donations avec charge, une partie de la doctrine et la jurisprudence actuelle semblent vouloir reconnaître la situation de gratifiée à la partie grevée de la charge, elles proclament qu'elle reste donataire. Comment peut-on justifier le maintien de cette qualification? Cela semble difficile. Il n'y aurait qu'un moyen de retrouver les éléments de la gratuité; il consisterait à se pencher du côté du donataire grevé pour voir s'il n'y a pas de sa part une intention libérale. Dans le premier cas, on pourrait dire qu'il redonne la valeur matérielle de ce qui avait fait l'objet de sa propre donation, il redonne à une autre personne le don qu'il a reçu. Dans le deuxième cas, il fait une donation à laquelle le donateur primitif contribue pour une certaine part. On pourrait de plus ajouter que cette intention libérale est expri-

mée par le seul fait qu'il a accepté la donation grevée de la charge.

Mais cette vue serait trop manifestement contraire à la nature réelle de l'acte. Il n'y a pas séparation entre les opérations, répétition symétrique de deux de celles-ci, il y a une seule opération; l'acte de l'une des parties est la cause de celui de l'autre. Si le donataire grevé s'acquitte de sa charge, c'est qu'elle lui est imposée, sa volonté n'a rien de libre, de spontané, et de plus, bien qu'il ait été propriétaire de la donation primitive (sans cela il y aurait interposition de personne) quand il s'acquitte de sa charge, ce n'est pas lui qui est donateur vis-à-vis le gratifié définitif, mais le donateur primitif, son propre donateur. Que reste-t-il donc de gratuit dans la donation faite au donateur grevé ? Absolument rien ! L'intention libérale du donateur primitif est manifestement tournée du côté du donataire définitif, et cette vue est surabondamment confirmée par le fait que le soi-disant bénéficiaire grevé de la charge ne retire pas le moindre enrichissement de l'acte, qui bien au contraire, peut l'appauvrir. Rien, en résumé, ne paraît plus exact que de conclure, avec M. Planiol (1) que nous nous trouvons en présence d'un acte à titre onéreux. Si l'on en veut absolument justifier le caractère gratuit, qu'on dise franchement qu'on se sert de cette qualification comme d'un moyen technique pour éviter les règles concernant l'inter-

(1) Planiol, note citée et *Manuel*, t. III, 1924, n°s 3014-15-19. Idem Maury, *op. cit.*, p. 66. Henri Lévy-Ulmann. Paul Grunebaum-Ballin, *Revue trimestrielle* 1909. « Les fondations par testaments. » V. différents arrêts déclarant qu'un legs avec charge, dont la charge absorberait le legs, ne peut plus être

position de personne (1), mais qu'on reconnaisse en même temps qu'elle ne trouve aucune base solide dans la structure de l'acte. On voit donc encore par l'exposé de cette troisième hypothèse que l'intention libérale ne peut, à elle seule, assurer la gratuité d'un acte et que celle-ci ne peut exister sans un avantage procuré au bénéficiaire.

VI. Mais de *quelle nature* doit être cet avantage ? Nous avons vu sa nécessité; celle-ci lui impose-t-elle une forme particulière ? Peut-il être *moral* ou *pécuniaire* ? C'est en cela que se résume le problème. Avant de l'aborder, constatons déjà qu'il est inutile d'essayer de le résoudre en opposition avec ce que nous voyons dans les actes à titre onéreux, la nature de la prestation qu'on peut trouver dans ces derniers est pour nous sans utilité, nous ne pouvons rien en déduire par *a contrario*. Ceci se comprend facilement, dans ces derniers, l'objet de l'acte est jugé au point de vue économique suivant le critérium d'une équivalence subjective, la prestation que reçoit chaque partie peut être indifféremment pécuniaire ou morale (2) : qu'importe, en effet, que la pesée entre les

considéré comme un acte gratuit. — Cass. civ. 5 juillet 1886, S. 90.1.241. — Cass. Req. 6 novembre 1888, S. 90.1.241. — Cass. Civ. 27 juin 1896, S. 01.-6. 271. — Montpellier, 23 avril 1900, sous Cass. D. 02.1.425.

(1 Hamel, *op. cit.*, p. 25.

(2) Nous ne saurions admettre le critère de la distinction entre les Actes gratuits et onéreux que propose M. Maury, *op. cit.*, p. 243. Quand l'intérêt de l'auteur de l'acte est pécuniaire, dit-il, l'acte est onéreux; quand il est purement moral, il est gratuit. N'y a-t-il pas un nombre infini d'actes onéreux où l'une des parties ne trouve à l'acte qu'un intérêt moral. Quand un philantrope paie un conférencier pour faire des conférences éducatives, quel intérêt pécuniaire tire-t-il de son

deux soit difficile à faire, puisqu'il s'agit d'une équivalence d'intentions, celle-ci se réalise d'elle-même.

Dans les actes à titre gratuit, au contraire, l'avantage donné au gratifié doit exister, et pour en vérifier l'exactiude dans le cas où l'on trouverait des prestations réciproques de la part de chacune des parties, nous devons nous appuyer sur une mesure objective de l'équivalence. La Société qui assiste en spectatrice à l'acte, doit pouvoir constater que la balance penche du côté du gratifié. Cela impliquera sans doute dans la plupart des cas un avantage pécuniaire sans qu'il y ait cependant une nécessité absolue à ce qu'il prenne cet aspect. Mais arrêtons-nous pour préciser un peu cette proposition. Ne peut-on pas dire, en effet, que tout avantage est pécuniaire en s'appuyant sur le fait que « tout » peut s'apprécier en argent? (1). Cette remarque est exacte, aussi, quand nous parlons d'avantage pécuniaire, n'entendons-nous pas parler de la possibilité ou de l'impossibilité d'apprécier quelque chose en argent, mais de la précision que présente cette appréciation. Il y a des objets (entendus au sens extrêmement large qu'a le mot « res » en latin) qui ont un « marché », et d'autres qui n'en ont point. En limitant le domaine des premiers, nous donnerons la définition de ce qu'on doit appeler une prestation pécuniaire.

Nous appelerons donc de ce nom celle qui consiste en argent; en second lieu, celle qui consiste en objets matériels ou en services, qui s'apprécient normalement

acte? Personne ne niera cependant qu'il a fait, avec ce dernier, un louage d'industrie, c'est-à-dire un acte à titre onéreux. M. Hamel, *op. cit.*, p. 18, rejette aussi ce critère.

(1) M. Hamel, *op. cit.*, p. 17 et suiv.

en argent et d'une façon uniforme sur un certain marché; enfin, celle qui consiste en objets matériels ou en services qui s'apprécient normalement en argent bien qu'ils n'aient guère ce qu'on puisse appeler un marché (tableau, objet d'art, etc...) (1).

Nous appelerons au contraire prestation morale, celle qui consiste en un objet qu'il est contre l'usage d'estimer en argent, parce que, par sa nature il est jugé insusceptible d'estimation pécuniaire et d'être compté parmi les objets dont on fait commerce. Certes un préjudice purement moral peut donner lieu à des dommages-intérêts, mais l'argent ne détermine pas la valeur économique du préjudice, il n'a, suivant un mot introduit récemment dans le lexique juridique, qu'un rôle « satisfactoire ». L'auteur du préjudice répare comme il le peut et même en présence d'un préjudice de nature irréparable, l'argent, pauvre succédané, peut faire quelque chose. En un mot, dans le domaine juridique, on appelle intérêt moral ou prestation morale, celui ou celle qu'il est extrêmement difficile et contraire à l'usage d'estimer en argent.

L'appréciation objective s'affirme avec le maximum d'efficacité quand il s'agit de l'avantage pécuniaire. Déjà parce qu'il est le seul qui doive être pris en considération, quand il se rencontre dans un acte, du moins quand il s'agit d'actes patrimoniaux (2). Il efface tout avantage moral qui co-existerait avec lui ou plutôt il est censé mensurer exactement cet avantage. Peu

(1) V. Chambellan, *L'intérêt moral et les stipulations pour autrui*, thèse Paris, 1919.

(2) Si nous admettons plus loin une solution contraire à propos de l'adoption considérée comme contrat de bienfaisance, cela s'explique par le caractère familial de cet acte.

nous importe alors les estimations subjectives que les parties font de leurs bénéfices. Il faut aller plus loin : l'avantage pécuniaire, objet de l'acte, compte seul, il effacerait un avantage pécuniaire qu'il créerait en outre et qui, aux yeux des parties, le dépasserait. Ainsi s'il arrive qu'un homme, mourant de faim, achète un pain au prix courant, il ne reçoit pas une libéralité, même s'il eût été prêt à faire cet achat en sacrifiant une somme considérable, et alors même que son vendeur ne lui eût fait cette vente que par pure générosité (1). L'avantage pécuniaire ne relève que de l'appréciation objective de la Société; il bénéficie de la puissance immuable et impassible du chiffre. On a dressé la table des équivalences : Pour que l'avantage pécuniaire existe, il ne faut pas qu'il tombe sous la loi de celles-ci. Il est déjà gravé sur ces tables de bronze cette règle inflexible qu'un chiffre égal efface toujours un chiffre égal. Puis d'autres équivalences y sont fixées, comme, par exemple, celle de la valeur des objets suivant les prix du marché (2). Quand l'une de ces équivalences se rencontre dans un acte, les parties ne peuvent pas s'y soustraire, même si elles sont d'accord entre elles pour ne la point reconnaître.

Procurer à quelqu'un, gratuitement, sans exiger de

(1) Ceci nous empêchera de reconnaître le caractère d'acte gratuit au prêt à intérêts fait par un père à son fils, bien que ce prêt ne soit fait que par générosité. M. Josserand indique une solution contraire, v. notre chapitre II.

(2) D'autres équivalences sont fixées par la loi : les intérêts légaux représentent exactement la jouissance d'un capital; le cours forcé est l'affirmation d'une égalité de valeur entre une monnaie de papier et une monnaie-or.

lui une contre-prestation, une prestation aléatoire, (c'est-à-dire lui permettre de tenter sa chance dans une opération d'où il peut retirer un gain ou subir une perte) est-ce lui procurer un avantage ? La question est bien délicate. L'hypothèse, contrairement à ce que l'on pourrait croire, n'est pas purement théorique. Une application s'en est présentée dans la pratique : la Cour de Lyon a été appelée à décider si la cession gratuite, par une Compagnie minière, d'une partie de ses concessions à une société de mineurs était un acte à titre gratuit ou à titre onéreux (1). Un exemple plus simple sur lequel il est plus facile de raisonner est celui de la cession gratuite d'une créance litigieuse ou dont le paiement est problématique. Dans ce cas, y a-t-il acte à titre gratuit ou acte à titre onéreux ?

Pour savoir s'il y a avantage donné au bénéficiaire, on peut regarder quelle est la valeur respective du risque de perte et de la chance de gain transmis avec la créance. Si la chance de gain paraît infiniment plus probable que le risque de perte, il est logique d'en conclure que l'avantage existe et que le cessionnaire fait une libéralité au cédant. Dans le cas inverse, c'est-à-dire si le risque de perte domine de beaucoup la chance du gain, l'acte apparaît de plus en plus, non comme une libéralité du cédant, mais, au contraire, comme un service gratuit que lui rend le cessionnaire. Que décider dans les cas où risque de perte et chance de gain se contrebalancent, ou à peu près? A notre avis, l'acte sera à titre onéreux, et la principale raison est qu'il rentre alors parfaitement dans la définition du contrat aléatoire, telle que la donne

(1) Lyon, 26 mars 1891, S. 92.2.289.

l'article 1104, alinéa 2, du Code Civil : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». Dans la cession d'une créance litigieuse ou d'exécution douteuse, le cédant perd certes le prix du montant de sa créance, mais par cette cession il pense éviter une plus grosse perte (perte de son procès, poursuites infructueuses), pour l'éviter, il renonce à une chance de gain, il spécule sur le non-paiement de la créance; le cessionnaire fait le raisonnement inverse et spécule sur son paiement. Cette qualification que nous donnons à l'acte ne paraît pas s'imposer, au premier abord, parce que le cessionnaire semble ne pas fournir une contre-prestation au cédant. Cette contre-prestation existe cependant : elle consiste dans un échange de risques. Le cédant accepte de supporter la perte que peut lui causer la créance et transfère au cessionnaire une certitude de perte limitée. Le cessionnaire se prive en contre-partie de cette certitude, d'une chance de gain. Un événement incertain dira qui a gagné dans l'opération. Le contrat est bien un contrat aléatoire (1). Mais revenons à notre sujet : l'objectivité que l'on réclame pour l'appréciation de l'avantage peut-elle faire que l'on ne tienne compte que de l'avantage pécuniaire? (2).

(1) La Cour de Lyon, dans l'arrêt cité, conclut bien au caractère onéreux de l'acte, mais elle a le tort de déclarer le contrat commutatif. Il n'est pas rare, du reste, de voir la jurisprudence qualifier de commutatif un contrat aléatoire.

(2) M. Timbal (*op. cit.*, p. 130 à 143), dans sa remarquable thèse, montre que la jurisprudence ne reconnaît qu'au service susceptible d'une appréciation pécuniaire, le pouvoir de créer une obligation naturelle qu'éteindra une donation rému-

En réalité, nous ne trouvons ni dans les textes, ni dans la jurisprudence, d'indications dans ce sens. Pourrait-on objecter que le seul moyen de vérifier l'objectivité de l'avantage est de ne tenir compte que de l'avantage pécuniaire ?

Nous pourrons répondre qu'en fait, rien n'est plus faux. Outre qu'il est très difficile de noter où finit celui-ci et où commence l'avantage moral, on peut dire que dans la réalité des choses, il y a de nombreux cas où un avantage moral présente assez d'objectivité pour qu'il soit reconnu comme tel par la Société. Sur ce sujet, il faut se méfier des théories, se méfier de l'esprit de géométrie et faire confiance à l'esprit de finesse. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'avantage moral ne pourra être reconnu par le droit que s'il a une certaine importance, une certaine visibilité, qui en fait échapper la reconnaissance aux subtilités et aux appréciations individuelles, sans qu'il nous soit cependant possible de définir nettement les conditions du critérium de la reconnaissance collective. Il y a là des cas concrets où l'analyse s'insère difficilement. Veux-t-on cependant un exemple de cet avantage moral ? Il nous sera fourni par un cas bien curieux. Il s'agit de l'ancienne adoption considérée par la jurisprudence du temps (ainsi que la tutelle officieuse) (1) comme un contrat de bienfaisance. Sans doute peut-on estimer en numéraire la plupart des services rendus à l'adopté (nourriture, vêtements, frais

nératoire. Mais on peut répondre que toute libéralité ne crée pas, à la charge du bénéficiaire, une obligation naturelle. V. Maury, *op. cit.*, p. 46 et 47.

(1) Rép. gén. Dalloz. Obligations, contrats de bienfaisance et adoption, n° 229. Nous reviendrons plus tard sur ce cas Troisième Partie, n° VIII).

d'éducation, etc.), mais peut-on estimer la somme d'affection paternelle dont l'adoptant a fait preuve vis-à-vis de ce dernier ? L'adopté, toutefois, en retire un avantage gratuit prévu par l'acte, et qui ne passe pas inaperçu aux yeux des hommes.

Mais, insistons sur ce point, la chose dont on doit principalement tenir compte, c'est la réalité objective de l'avantage (pécuniaire ou moral) que l'on prend en considération. Sur cette question, d'utiles indications nous sont données par certains Codes étrangers. L'ancien Code des Biens de la Principauté de Monténégro dit dans son article 899 : « Il n'y a pas donation quand on néglige de prendre ce qu'on pourrait légitimement s'approprier, à seule fin de permettre à un tiers d'en profiter; ou quand on donne un nantissement pour une dette qu'on n'était pas tenu de garantir; ou quand, possédant un nantissement pour une dette, on y renonce volontairement, etc... ».

Le Code Chilien, qui a réglé la matière de l'acte gratuit avec un grand luxe de détails, déclare : « Article 1397. Ne fait pas une donation à un tiers, celui qui, en faveur de ce tiers, se porte caution ou constitue une hypothèque ou un gage, ni celui qui exonère la caution de ses obligations ou fait remise d'un gage. — Article 1399. Il n'y a pas une donation dans le fait de négliger d'interrompre une prescription. ». L'idée qui semble avoir dirigé ces législateurs dans leurs exclusions paraît être une certaine méfiance envers les extensions abusives qu'on pourrait tirer d'une définition trop générale de l'acte à titre gratuit; ils semblent dire qu'on ne doit pas tenir compte des actes où la générosité et l'avantage qu'elle confère se présentent d'une façon trop indirecte ou trop détournée.

Cette sévérité réclamée par les Codes pour l'appréciation de l'avantage conféré par un acte à titre gratuit se comprend. L'acte, d'un côté, est, par principe, désintéressé, il ne soulève pas de questions pécuniaires chez les parties, aucune nécessité ne l'a exigé; d'autre part, il sera soumis à un régime particulier, anormal; cette nature spéciale doit permettre très légitimement au législateur de n'en admettre l'existence que s'il remplit des conditions strictes et qu'il est en droit de contrôler (1).

VII. — En résumé, nous avons vu dans ce chapitre l'importance de la notion d'avantage dans l'Acte à Titre gratuit. Dans un acte à titre onéreux, l'intention de lucre suffit à elle seule à assurer « l'équivalence » des prestations, mais dans l'acte à titre gratuit, l'intention libérale n'a de réelle valeur et n'assure « l'équivalence » des prestations que si elle correspond à un fait. D'où le rôle primordial joué par l'avantage dans notre matière. Nous avons montré comment on pouvait le déceler dans certaines hypothèses où il n'apparaît pas au premier abord, et à quels aspects de celui-ci on pouvait reconnaître une valeur objective susceptible d'influencer la qualification de l'acte.

Etudions maintenant le deuxième élément dont la présence est nécessaire pour que l'acte soit à titre gratuit : l'intention libérale.

(1) Remarquons que l'on découvre, dans notre Code civil, une indication dans le sens de l'appréciation objective de l'avantage. Celle-ci nous est donnée par l'art. 852 (peut-être aussi par les art. 856 et 928), qui ne veut pas que l'on applique le régime des donations à des opérations portant sur une valeur pécuniaire trop minime.

## CHAPITRE II

### L'INTENTION LIBÉRALE

SOMMAIRE. — I. Définition psychologique de l'intention libérale. — II. Conception actuelle de l'intention libérale dans la Doctrine et la Jurisprudence. — III. Intention libérale et Cause, système de M. Josserand et de M. Hamel. — IV. Définition juridique de l'intention libérale. — V. La spontanéité, bien qu'étant une condition nécessaire de l'intention libérale, n'est pas un élément spécifique de la gratuité. — VI. Résumé.

I. — Avant de tenter un essai de définition juridique de l'intention libérale, il est nécessaire d'avoir une vue claire de ce que représente cette notion à un point de vue purement psychologique. La définition psychologique conduira à la définition juridique, elle s'impose comme point de départ de nos recherches; dans ce premier numéro, c'est d'elle seulement qu'il sera question.

On se fait assez couramment de l'intention libérale l'idée suivante : on pense que sa présence ou son absence nous est révélée par l'*intensité du désir qu'a l'auteur de la réalisation de son acte*, ou bien (idée toute voisine) par l'*intensité de la satisfaction qu'il lui procure* (1). Un acte dont son auteur désirerait

(1) M. Demogue, *op. cit.*, t. II, n° 916, accepte ces deux idées comme critère de la gratuité ou de l'onérosité d'un acte.

Sur l'idée suivant laquelle l'intensité du désir (sa précision aussi) indique la nature onéreuse de l'acte, voir :

Demogue, Rev. Trimestrielle 1921, p. 240.

Yves Chevallier, *Nature juridique des offres de concours*, thèse Rennes 1924.

Naquet. — Note S. 20. 1.297.

M. Colin. — *Théorie de la cause des obligations conventionnelles*, thèse Paris, 1897, p. 98; v. le passage significatif cité par Maury, *op. cit.*, p. 212, qui combat ce point de vue.

intensément la réalisation ou dont il retirerait une grande satisfaction, ne pourrait être un acte désintéressé. Or, ces deux idées proviennent d'une même faute de raisonnement qu'on peut attribuer aux confusions qu'entretient dans l'esprit la notion psychologique assez trouble de « l'égoïsme ». — Arrêtons-nous un peu pour analyser les criteriums qu'on nous propose. Examinons le premier :

Un acte n'est pas à titre gratuit ou à titre onéreux suivant « qu'on y tient ou qu'on n'y tient pas » comme le dit le langage populaire et le fait qu'on « y tient » ne révèle nullement l'absence d'intention libérale. Raisonner ainsi, c'est confondre « l'égoïsme » qui est la base de tout désir, avec « l'égoïsme » au sens moral qu'a ce mot. L'un n'implique nullement l'autre. Tout désir est égoïste, car il est de son essence de se rapporter au « moi ». Mais dans cet état primitif, il ne comporte aucune qualification morale. Celle-ci pourra s'y ajouter de telle sorte qu'il pourra posséder, en outre, la qualité d'être désintéressé ou, au contraire, intéressé, c'est-à-dire d'être « égoïste » au sens moral du mot. L'intensité du désir et le désintéressement peuvent marcher de pair sans se contredire. Il faudrait, pour contester cette vérité, déclarer que tout désir trop intense a tendance à se muer en un égoïsme au sens moral : ce qu'on ne saurait ériger en règle générale et ce qu'il sera toujours bien difficile de connaître.

Mais cette idée que nous critiquons peut s'exprimer d'une façon légèrement différente. On déclarera qu'en effet, la plus ou moins grande intensité du désir qu'a l'auteur de l'acte de sa réalisation importe peu pour sa qualification, mais qu'il y aurait lieu, cependant,

en vue de celle-ci, de tenir compte de l'*imposition de la volonté* qu'il fait subir à la partie avec laquelle il traite. On voit apparaître tout le problème des donations avec charge ou conditionnelles. C'est l'idée extrêmement répandue, suivant laquelle la condition d'une libéralité forme une contre-prestation qui rend celle-ci à titre onéreux (1). Nous avons déjà abordé ce problème (v. Ch. I, n° 5, § 2), nous ne pouvons que répéter ce que nous avons dit au sujet de l'avantage conféré au bénéficiaire : une telle imposition de volonté n'est pas par elle seule destructrice de l'intention libérale. Supposons, par exemple, qu'elle soit faite dans l'intérêt du gratifié lui-même : la libéralité disparaîtrait-elle? Nous savons déjà que non (2). Nous verrons également, que dans la gestion d'affaire, l'imposition de l'avantage au débiteur grevé, ne supprime pas la gratuité de l'acte. Un acte de charité, même si on l'impose, n'en reste pas moins un acte de charité,

(1) Voici un exemple typique de l'idée suivant laquelle la précision du désir rend l'acte à titre onéreux : Un arrêt de la Cour de Poitiers déclare : « La constitution de dot rend l'acte à titre onéreux, car le disposant obtient, en échange de sa prétendue donation, la réalisation d'un mariage auquel il tient ». — Poitiers, 21 août 1878, D. 79. 2. 6.

V. Planiol, III, n°s 853 et 854. — Montpellier, 16 décembre 1901, S. 05.2.185, note Hémard. — V. Colin, référence citée plus haut.

(2) Donc seront des actes à titre gratuit les dons faits à une personne morale ou à un établissement, pour remplir les charges qui lui incombent. Pour cette raison, nous considérons, en général, les offres de concours non comme des donations, des intérêts pratiques empêchent de leur appliquer ce régime, mais comme des actes à titre gratuit d'une espèce particulière (v. chap. 1, n° 5, § 2). De même, la donation faite à un hôpital, avec condition expresse qu'il crée un lit, ne fait pas perdre à cette donation son caractère gratuit. (Planiol, traité t. III, n° 3012).

comme un remède qu'on donne à un patient malgré lui reste un remède.

Si nous abordons maintenant le deuxième critérium proposé, c'est-à-dire celui qui fait dépendre le caractère gratuit ou onéreux d'un acte de la plus ou moins grande satisfaction qu'en retire son auteur, nous pouvons répéter les remarques que nous venons de faire. Toute satisfaction est « égoïste », parce qu'elle consiste toujours dans un état d'aise ou de contentement de « moi », cela est de son essence, mais à cet état premier, peut s'accoler une qualité morale qui lui donnera une teinte spéciale, qui pourra la rendre désintéressée ou intéressée, c'est-à-dire « égoïste » au sens moral du mot. Mais nous ne voulons point nous attarder à un critère aussi futile, la moindre objection que l'on puisse lui opposer est de faire dépendre la qualification d'un acte non seulement d'un élément arbitraire, mais encore d'un élément qui ne se réalisera, le plus souvent, qu'après la naissance de l'acte. Toutefois, si on tient à cette idée de satisfaction pour caractériser l'intention libérale, ne serait-ce pas plutôt du côté de la genèse de l'acte qu'il faudrait se pencher? Ne serait-ce pas plutôt le genre de satisfaction cherchée dans l'acte que l'on devrait prendre en considération? Ne devrait-on pas faire dépendre l'intention libérale de la qualité de la satisfaction cherchée (1), plutôt que de l'intensité de celle qui a été obtenue ? (2).

(1) N'est-ce pas le point de vue de M. Hamel, quand il dit : « la jouissance morale est-elle seulement la satisfaction intime que procure l'accomplissement d'un devoir supérieur d'amour, de charité, d'altruisme, alors l'acte appartient au royaume des libéralités ». *La Notion de cause dans les libéralités*, p. 373.

(2) Certes on pourra essayer de noyer l'honnête homme qui

Certes, cette idée serait plus juste, et nous pourrions nous y arrêter si elle ne se heurtait elle-même à une objection sérieuse. Cette objection, la voici : ce n'est pas, semble-t-il, en se plaçant au point de vue de *la satisfaction* procurée ou cherchée qu'il faut caractésiser l'intention libérale. Une satisfaction est une jouissance, un plaisir. Or, si celui-ci peut être l'objet principal recherché dans les actes à titre onéreux, il ne doit point être celui des actes désintéressés où il ne sera jamais donné que par surcroît.

C'est dans l'idée de *but* que nous découvrirons l'intention libérale. C'est du côté de la volonté de l'auteur de l'acte que nous devons nous tourner. N'est-il pas tout naturel, du reste, que nous cherchions une intention dans l'examen de celle-ci ?

L'intention libérale est un certain but poursuivi par la volonté, celui d'être désintéressé.

On peut donc, d'une façon très générale, ranger l'intention libérale parmi les mobiles de l'acte, mais il faut se rendre compte tout de suite que ce mobile est d'une nature particulière :

1° Il se retrouve identiquement le même dans tous les actes à titre gratuit;

2° Il est indépendant des mobiles qui constituent l'acte, lui donnent un sens concret, une figure parti-

soutiendrait cette thèse dans des raisonnements les plus subtils. On pourrait lui dire qu'on peut jouir, d'une façon égoïste, d'une satisfaction désintéressée. Mais, à supposer qu'on veuille prolonger la controverse, on pourrait répondre que cette dernière satisfaction ne mériterait peut-être pas la qualification d'égoïste, et qu'on peut tout au plus considérer comme une jouissance désintéressée d'une espèce inférieure celle qui s'exerce non tant en vue de son but que pour la satisfaction sensible qu'elle procure.

culière, c'est-à-dire de ce qu'on reconnaît souvent comme étant la « cause » juridique de l'acte.

En réalité, cette notion apparaît comme une notion intermédiaire entre la cause (entendue au sens ci-dessus) et l'émission abstraite, considérée en elle-même, de la volonté. Elle apparaît comme une qualité, *une manière d'être de la volonté* qui est de ne pas agir à l'intention de sa propre personne, mais pour autrui, qui consiste dans *le désir de ne pas ramener à soi le profit de son acte, mais de le destiner à un autre ou aux autres.*

II. — Les auteurs et la jurisprudence sont actuellement fortement impressionnés par la notion psychologique et morale de l'intention libérale, leur désir est de la conserver intégralement, telle quelle, à l'intérieur d'un acte juridique. Pour cela, ils seront amenés à fouiller avec soin les intentions du supposé bienfaiteur, ils auront une *conception subjective* de cette notion. Nous nous expliquons sur un mot qui peut paraître singulier. L'intention libérale étant une qualité de la volonté, c'est-à-dire étant d'essence subjective, comment peut-on en avoir une conception autre que subjective? L'observation est parfaitement juste, nul ne conteste que l'intention libérale que l'on cherche soit celle qui correspond aux sentiments intimes du bienfaiteur; seulement une notion juridique n'ayant pas à jouer le même rôle que la notion psychologique qu'elle traduit, on peut, en se basant sur la foi de certains critériums extérieurs, supposer cette traduction suffisamment faite et refuser d'aller plus loin, ou bien on peut vouloir ne donner de valeur à la notion juridique que si elle correspond exactement, réellement, à la notion psychologique ou morale

qu'elle prétend révéler. Dans le premier cas, nous dirons qu'il y a conception *objective* et dans le second conception *subjective*. Cette dernière est celle que l'on rencontre le plus ordinairement dans la doctrine et dans la jurisprudence à propos de l'intention libérale. Tribunaux, auteurs ont été, semble-t-il, séduits par l'intrusion particulièrement visible de la psychologie dans ce domaine. La jurisprudence a vu, dans l'utilisation de celle-ci, un moyen très pratique pour arriver à certaines fins visées; les auteurs, de leur côté, ont cédé à sa douce attirance, trop heureux de célébrer, suivant la mode actuelle, la faillite de toute construction trop stricte et d'entonner un hymne à la Vie, qui toujours triomphante, leur échappe. Ils ont voulu relever, dans un décalque minutieux et complet, tout ce qu'il y a de générosité ou de non générosité dans un acte étudié à la façon du psychologue ou du moraliste.

M. Demogue ne voit pas une libéralité dans le service que rend un homme à un autre, quand il le fait en espérant une rémunération. Le peintre qui fait un travail gratuit pour une ville, dans l'espoir qu'un mécène le rémunérera, ne fait pas un acte à titre gratuit, ses intentions ne sont pas pures, le ver de « l'onérosité » est dans l'amande, l'acte est à titre onéreux (1). Le co-propriétaire qui cède un mur mitoyen pour éviter de faire des réparations a bien plutôt l'intention de se débarrasser d'un ennui que de faire une libéralité : et il n'en fera point (2). MM. Aubry et Rau

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 897.

(2) Demogue, réf. cit. — Josserand, *Les Mobiles des actes juridiques en Droit Privé*, p. 374.

déclarent : « L'idée (c'est-à-dire un sentiment purement subjectif du disposant que le bénéficiaire peut même ignorer) chez le donateur, qu'il retrouvera, actuellement ou éventuellement, sous la forme d'une valeur nouvelle dans son patrimoine ou sous la forme de la suppression d'un risque par lui couru, l'équivalent de la prestation ou de l'abandon qu'il fait, enlève à l'acte juridique par lequel cette prestation ou cet abandon a été réalisé, tout caractère d'un acte gratuit » (1). On ne peut s'exprimer plus nettement.

Le profit, sous toutes ses formes, peut faire disparaître l'intention libérale. Qu'il nous suffise de citer cette extraordinaire série d'arrêts rendus à propos des offres de concours (2) :

(1) Aubry et Rau, t. X, n° 646, note 10. L'idée de ces auteurs est nette, il est vrai que les deux arrêts sur lesquels ils se basent appuient moins leur théorie qu'ils ne le pensent. Le premier (Poitiers, 27 mars 1902, S. 03. 2. 13) prévoit le cas d'un homme qui a fait l'apport d'un immeuble dans une société, moyennant certains avantages (un lot d'actions). L'acte est évidemment à titre onéreux, mais ce qui permet cette qualification, c'est moins l'existence de l'avantage que le fait qu'il est une condition de l'acte. Le 2e arrêt (Lyon, 26 mars 1891, S. 92. 2. 289), dont nous avons déjà parlé, s'occupe d'un contrat aléatoire (v. ch. I, n° 6). Mais il serait faux de croire que toute suppression de risque dans le patrimoine du bienfaiteur transfère, pour autant, ce risque au bénéficiaire et ruine l'avantage qu'on prétend lui donner. Le bienfaiteur peut transférer au bénéficiaire un objet qui, pour lui, est cause de risque et sera, au contraire, fort utile au bénéficiaire. On ne saurait prétendre, par exemple, qu'un cavalier maladroit, qui donne un cheval difficile à un bon cavalier, ne lui fait pas une libéralité.

(2) Ces arrêts sont cités et commentés par M. Valloir qui les approuve (*op. cit.*, p. 105 à 123). Il ne s'agit pas ici de prouver que les offres de concours sont des donations, ni même de montrer qu'elles ne puissent jamais avoir le caractère d'actes à

Bardet (Req., 14 avril 1863. D. 63. 1. 402) ne fait pas une donation en contribuant à la restauration de son église, parce qu'il a fait construire un carillon selon son goût. On le suppose n'avoir jamais eu la moindre intention libérale et même n'avoir obéi qu'à « un ridicule sentiment de vanité ». Mais il a trouvé son profit dans la satisfaction de ce sentiment et rendu, par là, son acte à titre onéreux.

Lagarvalde, lui aussi, contribue gratuitement à la restauration de son église, mais le tribunal s'aperçoit que l'embellissement donné à l'édifice peut contribuer à donner une plus-value à certains terrains environnants dont il est également propriétaire. Cela suffira : la générosité du supposé donateur n'est pas d'une qualité suffisante pour qu'on la prenne en considération, son acte est intéressé, son acte n'est pas une libéralité (Cass. civ., 19 juillet 1894. D. 95. 1. 126).

On pourrait ajouter à ces exemples (1). Nous ne re-

titre onéreux. Nous voulons simplement faire apparaître dans le texte les procédés critiquables par lesquels la jurisprudence prétend découvrir la qualification de l'acte. Cependant, M. Yves Chevallier, dans sa thèse sur *La Nature Juridique des offres de concours*, Rennes, 1924, les admet. Par contre, M. Maury, *Essai sur le rôle de la Notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, proteste contre cette façon de raisonner, p. 62 à 65. — idem Timbal *op. cit.*, III[e] partie, sect. I, p. 105-106.

(1) On pourrait encore citer l'arrêt Mailly, 2 févr. 1875, Trib. de Mamers (D. 75.5.188), les arrêts rendus contre la ville de Marseille (C. d'Aix, 30 nov. 1882, D. 83.2.245. Req. 7 mars 1888. D. 88. 1. 267, S. 90.1.181).

La veuve Mailly contribue aussi à la restauration de son église, mais cette restauration va lui permettre de prier plus aisément dans l'église et sur la tombe de son mari. Sa dépense a une contre-partie : elle trouve un profit. Le tribunal faisant allusion à ce dernier, trouve un argument devant lequel la veuve Mailly hésitera sans doute avant de protester. « Attendu,

tenons ceux-ci que comme une application piquante du principe hautement affirmé par la jurisprudence, principe suivant lequel on ne doit reconnaître l'intention libérale qu'après des recherches morales ou psychologiques les plus approfondies sur la réalité de celle-ci. La jurisprudence pouvait-elle, du reste, agir autrement quand la Cour de cassation affirme que « la gratuité d'un acte est une question de fait » à déterminer suivant les circonstances de la cause (1) et ne reconnaît, par là, aucun caractère juridique à la notion d'intention libérale? Les tribunaux ne pouvaient point en avoir une autre conception et devaient forcément la rechercher en fouillant l'intention et les mobiles de la volonté des auteurs de l'acte. Mais cette liberté qu'on leur laissait pour établir la qualification de l'acte devait les conduire à la tentation d'utiliser cette dernière comme un « procédé » commode pour réaliser certaines fins cherchées : d'une notion ils ont fait un « moyen ». Grâce à lui, ils peuvent faire passer un acte d'un titre dans un autre, suivant le résultat pratique que l'on peut obtenir par l'une ou par l'autre qualification (2);

dit-il, que la veuve Mailly, dont la fortune est considérable, prise bien au-dessus de 12.000 francs les avantages qu'elle peut retirer personnellement de l'église..., son acte n'est point un contrat de bienfaisance. »

La ville de Marseille fait donation à Napoléon III d'un terrain pour construire un palais, mais par là elle profitera de la présence du souverain. Ce profit efface sa générosité. — *V.* aussi l'affaire de l'abbé Daubrive (cité par Valloir, *Op. cit.*, p. 119).

(1) C. civ. 7 janvier 1862 (S. 62.1.599). Req. 7 décembre 1885 (S. 1888. 1. 10). Req. 15 janvier 1890 (D. 91. 1. 30).

(2) Voir les arrêts rendus par les tribunaux en matière d'action paulienne. Dans un but d'équité, ils donnent dans cette matière une extension prodigieuse à la notion d'acte à titre

en général, ils s'en servent surtout pour restreindre le domaine des actes à titre gratuit et les ramener d'un régime d'exception qui peut soulever de multiples difficultés (formes spéciales, capacité spéciale, réduction, rapport, révocation) au régime normal qui est celui des actes à titre onéreux (1).

La conception subjective adoptée par les auteurs et la jurisprudence, devait peu à peu les amener à donner une importance énorme à l'intention libérale. Cette importance grandissante, nous la rencontrons chez les auteurs les plus récents qui ont traité de cette matière, chez M. Valloir et M. Josserand. Chez ce dernier, cet élément de la gratuité finit par en devenir le seul. « Pour qu'un acte soit conçu sur le mode gratuit, déclare-t-il, la première condition de toutes et presque la seule, c'est qu'il procède d'une intention libérale » (n° 293) (2). Ne déclare-t-il pas que « dans des cas exceptionnels, il est vrai, il y a libéralité encore que chacune des parties ait consenti des sacrifices équivalents » (*op. cit.*, n° 292). En conséquence de cette idée, il y a de nombreux cas « où il peut dépendre des seuls mobiles (c'est-à-dire de l'intention) d'im-

gratuit. — C. de Caen, 31 mai 1883 (D. 84.2.217). Req. 7 février 1887 (D. 87.1.401).

Cass. Req. 6 août 1867 (D. 68. 1. 86, S. 67. 1. 452). — Req. 11 avril 1902 (D. 03. 1. 467).

Voir dans Valloir, p. 145 à 159, un commentaire intéressant de ces arrêts qu'il approuve.

(1) Voir les arrêts sur les offres de concours précités. Ajouter comme espèces intéressantes :

Nîmes, 22 janvier 1890 (D. 91.2.113, S. 93.2.13).

Req. 12 novembre 1867 (D. 69. 1. 528, S. 68. 1. 34).

Pau, 3 mars 1869 (D. 69. 2. 203).

Cass. Req. 21 déc. 1869 (D. 70. 1. 308).

Req. 13 décembre 1913 (D. 19. 1. 29).

(2) Toutes ces citations sont prises dans l'ouvrage « *Les Mobiles dans les Actes juridiques en Droit privé* », Dalloz, 1928.

primer à l'acte, sans supprimer une seule de ces clauses, la marque du titre gratuit ou du titre onéreux (n° 260-261) ». Par leur seule volonté, les parties peuvent transporter un acte d'un titre dans un autre. Et cette extension énorme, donnée au rôle de l'intention libérale, se comprend très bien quand on en adopte la conception subjective. Ce qu'on cherche à connaître, c'est le véritable aspect de la volonté. Devant un acte, pour le qualifier, il nous faut répondre à la question : Moralement, psychologiquement parlant, qu'est-il? Son apparence, en effet, peut nous tromper, certains signes visibles de l' « onérosité » peuvent nous cacher sa véritable nature. L'importance de l'élément objectif, de l'avantage tel que nous l'avons défini au chapitre précédent, peut donc disparaître.

Ainsi, un prêt à intérêt, fait par un père à son fils, est une libéralité, s'il est visible qu'il est fait par générosité, pour lui rendre service (1). M. Valloir (2) joint à cet exemple celui d'un père qui vendrait une ferme à son fils pour lui permettre de se « caser ». L'acte réunit les éléments de l'acte à titre onéreux type, la vente, mais c'est cependant une libéralité, parce que sur le plan de la morale, cet acte est bien un acte de générosité. A l'inverse, un acte qui réunit tous les éléments de l'acte à titre gratuit type, la donation (en l'espèce une donation déguisée) où le bénéficiaire reçoit un enrichissement sans qu'aucune prestation lui soit réclamée ou, bien plus, l'enrichissement est voulu par celui que le procure, est un acte à titre onéreux si l'intention libérale manque : une vente simulée, où

(1) Req. 10 juin 1913 (S. 14.1.366). — Josserand, *op cit.*, n° 296.

(2) Valloir, *op. cit.*, p. 103.

le vendeur n'a reçu aucun prix, n'est pas reconnue comme libéralité, bien que la simulation soit valable, si l'on ne trouve pas une véritable intention libérale chez le vendeur (1).

On voit dans quelle direction beaucoup d'auteurs et la jurisprudence nous conduisent. Convient-il de les suivre sur ce chemin? Faut-il adopter leur façon de voir, leur conception de l'intention libérale et les conséquences qui en découlent? C'est le problème que nous allons maintenant essayer de résoudre.

III. — Si nous voulons rechercher, en partant d'une base solide, la conception juridique qu'on doit se faire de l'intention libérale, la première chose à établir c'est la place qu'elle occupe dans un acte sanctionné par le droit. Or, cette notion apparaît intimement unie à celle de *cause*. Elle compte, en effet, parmi les ressorts de la volonté, c'est-à-dire parmi les mobiles au sens le plus général du mot. Dans cet écheveau embrouillé des notions de cause, de mobiles, d'intention libérale, dont tous les fils se tiennent, comment faire les distinctions et établir la vérité des rapports? La question est difficile. On sait que le problème de la cause et de ses rapports avec les mobiles a suscité de nombreux systèmes, trop peut-être, Celui des rapports de l'intention libérale et de la cause, beaucoup moins étudié, n'a pas cependant passé inaperçu aux yeux de quelques juristes. Messieurs Josserand et Hamel lui ont consacré des développements les plus intéressants, l'un dans son beau livre « Les Mobiles dans les Actes juridiques en Droit Privé », et l'autre

(1) Req. 13 décembre 1913 (D. 19.1.29). — Josserand, *op. cit.*, n° 296.

dans un ouvrage essentiel en la matière « La Notion de cause dans les Libéralités » (1). Avant d'entreprendre cette étude, il est indispensable de connaître leurs thèses.

M. Josserand distingue, au point de vue psychologique, les « mobiles » de « l'intention », c'est-à-dire « de la cause ». Les mobiles sont en dehors de l'acte, la cause est inhérente à l'acte. C'est le but principal poursuivi par les parties (2). Cependant, les mobiles colorent l'intention, donnent sa valeur à la cause et, par là, en deviennent inséparables. Ainsi, après avoir finement établi une différence entre ces deux notions, l'essentiel de l'ouvrage de M. Josserand est destiné à nous montrer que celle-ci est factice, théorique. C'est dans les mobiles que l'on veut rejeter de l'étude juridique de l'acte, que l'on trouvera les éléments essentiels qui lui donnent sa valeur. « Ainsi, affirme l'éminent juriste dans ce style vivant qui lui est familier, dans toutes les dépendances de l'immense domaine juridique, s'affirme la réalité du concept des mobiles qui se distinguent assez constamment de la volonté et de l'intention, qui donnent leur véritable lumière aux actes, comme la lumière met en relief les objets, comme le sel donne leur saveur aux mets; c'est en eux qu'il faut chercher l'essence et comme la moëlle

(1) Nous ne pouvons pas ne pas mentionner non plus l'ouvrage de M. H. Capitant, *De la Cause des Obligations*, nos 34 à 40 et le chapitre VI, nous aurons l'occasion d'en parler plus tard.

Mentionnons également Bartin, *Théorie des conditions impossibles, illicites, contraires aux bonnes mœurs*, thèse Paris, 1886, p. 358 et suiv.

(2) V. première partie, *Définition et Classification des Mobiles, op. cit.*

des situations juridiques les plus complexes comme les plus simples. » (1).

Arrivé à l'étude de l'intention libérale, notre auteur rend hommage à la théorie classique qui, en faisant de l'intention libérale le mobile essentiel de l'acte (puisqu'elle en fait la cause de l'acte à titre gratuit), donne par là le meilleur critère de la distinction des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux (2). Cependant, cette définition, excellente quant au fond, demande certaines rectifications. Si la cause et l'intention libérale sont dans les rapports les plus étroits, c'est qu'elles se rejoignent dans la notion de *Mobile*. Suivons le raisonnement de notre auteur : En face d'un acte dont nous voulons chercher la qualification, la notion de cause, entendue au sens classique, est un instrument d'une certaine utilité pour savoir s'il y a intention libérale. Elle nous permet de constater s il y a une contre-partie ou une obligation préexistante, l'absence de ces éléments étant souvent l'indice de la présence d'un acte à titre gratuit. Mais le rôle de la cause va encore plus loin; celle-ci apparaît encore plus rapprochée de l'intention libérale, si, comme on doit le faire, on lui rend la vie, on fait rentrer en elle la masse des mobiles (3), car c'est dans ceux-ci que nous trouverons véritablement l'intention qui qualifie l'acte, leur étude nous la livrera, non sous la forme d'une vague abstraction, mais vivante et concrète.

En définitive, il ne faut pas plus séparer la cause des mobiles que la cause de l'intention libérale, ou

(1) Josserand, *op. cit.*, n° 13.
(2) Josserand, *op. cit.*, n$^{os}$ 117-125.
(3) Josserand, *op. cit.*, n$^{os}$ 121 et 122.

tout au moins la séparation que l'on peut faire ne doit avoir qu'un intérêt de théorie. M. Josserand revient donc, dans une certaine mesure, à l'ancienne définition de l'intention libérale, mais en faisant de celle-ci, non la cause, mais un élément de la cause; elle rentre dans cette dernière qui, par l'extrême souplesse que lui donne l'étude des mobiles, permet de connaître non seulement la moralité, la légalité, mais aussi la qualification de l'acte. « Mobiles présumés ou Mobiles prouvés, toute la discrimination du titre gratuit d'avec le titre onéreux se ramène à cette notion centrale autour de laquelle elle gravite, à laquelle elle est comme suspendue : pas de libéralité sans intention libérale, pas intention libérale sans mobiles propulseurs adéquats... » (1). Telle est la théorie de M. Josserand.

On voit immédiatement l'avantage pratique que l'on en tire; elle est à l'abri de l'inconvénient tant reproché à la théorie classique qui est d'empêcher l'application des articles 1131 et suivants du Code civil (2) : une cause, en effet, qui consiste dans une intention libérale ne peut jamais être illicite, car cette intention, en elle-même, n'est susceptible d'aucune appréciation morale. Ici la cause, grâce à l'interprétation large qui lui est donnée, contrôle en même temps, et sans contradiction, la moralité et la qualification de l'acte.

Il est intéressant de rapprocher ces idées d'autres qui leur semblent assez opposées : celles de M. Hamel. Avec M. Josserand, nous étions en plein cœur du sub-

(1) Josserand, *op. cit.*, n° 297.

(2) M. Capitant, *op. cit.*, n° 205, prétend, au contraire, que ce reproche n'est pas mérité.

jectivisme; avec ce nouvel auteur, nous allons voir s'amorcer une théorie objective de l'intention libérale.

M. Hamel donne un aspect objectif à la cause qu'il sépare des mobiles suivant un critère facile à pratiquer. La cause est dans le *fait de la partie avec laquelle traite l'auteur de l'acte.* Cela est visible dans les actes à titre onéreux où elle consiste, *in concreto,* dans la prestation du co-contractant. Mais cette définition vaut aussi pour les actes à titre gratuit (1). Ici, « le fait » du gratifié peut revêtir des apparences diverses : Dans les donations rémunératoires ou avec charges, il ressemble singulièrement à celui que l'on rencontre dans les actes à titre onéreux : « Ce sont les actes passés du gratifié, ou ses obligations futures, qui constituent la cause des obligations du disposant ». Mais dans les donations purement gracieuses,

(1) Pour ne pas trahir la pensée de M. Hamel, nous devons compléter l'exposé du texte par deux remarques :

1° Nous ne nous occuperons que des actes à titre gratuit entre vifs. Pour les libéralités à cause de mort, M. Hamel fait observer que la jurisprudence ne semble pas chercher la cause autre part que dans la volonté du bienfaiteur. Il faut noter de suite, que dans ces actes, la récherche de l'intention libérale offre peu de difficultés car (à part quelques hypothèses particulières, comme les fondations de messes), il y a lieu de croire que la mort du gratificateur supprime son intérêt;

2° A proprement parler, M. Hamel ne prétend pas nous donner une théorie de la cause dans les libéralités, mais nous indiquer, déduites des arrêts, les idées directrices de la jurisprudence en cette matière. Il n'en est pas moins vrai que notre auteur ne semble pas refuser de souscrire pour son compte à la synthèse si originale et si neuve à laquelle il arrive. On pourrait appliquer la même remarque à l'ouvrage de M. Josserand; ces deux auteurs ne prétendent qu'au rôle de traducteur de la jurisprudence.

il peut déchoir jusqu'à n'être plus qu'une simple qualité du gratifié, celle-ci seule provoque la libéralité du disposant. Ajoutons qu'une condition est nécessaire pour que le fait du gratifié puisse être retenu et élevé jusqu'à la notion de cause, c'est qu'il détermine l'intention libérale.

La cause, ainsi définie, deviendra un moyen singulièrement commode pour découvrir l'intention libérale, car c'est aussi en regardant du côté du gratifié que nous la découvrirons; « son fait », son attitude la déterminera. Voici le processus de la révélation (1) : « Les faits (du gratifié) qui procureront au disposant un enrichissement pécuniaire équivalent à son appauvrissement... ne seront jamais inspirateurs d'une intention libérale ». Ou, ce qui revient au même : « En échange de ce qu'il recevait, le donataire a-t-il exécuté un acte qui ait procuré au disposant un enrichissement pécuniaire, l'acte est onéreux ». Au contraire, « le donataire n'a-t-il rien fait au profit du disposant, est-il resté immobile sous la pluie d'or, l'acte est une libéralité. »

Tels sont les deux faits du donataire qui détermineront, d'une façon certaine, la présence ou l'absence d'intention libérale. Tels sont les deux cas où la simple vue de la cause de l'acte nous fait connaître automatiquement sa qualité. Hors de ceux-ci, le caractère objectif de la cause la rend impropre à la recherche de l'intention libérale : il nous faudra revenir aux fouilles des mobiles, à la recherche des intentions. Ce dernier cas se rencontre quand le disposant tout en ne recevant aucune prestation pécuniaire du

(1) Hamel, *op. cit.*, p. 371.

donataire, retire cependant un avantage « moral » de son acte. Il nous faut connaître alors la véritable nature des intentions qu'il a eues en émettant l'acte. Cherchait-il une satisfaction égoïste, ou était-il véritablement animé par un sentiment altruiste? Suivant la réponse donnée à cette question, nous nous trouverons en présence d'un acte à titre gratuit ou d'un acte à titre onéreux (1). Mais, répétons-le, pour cette recherche, carence de la cause et « nécessité de recourir à d'autres instruments ».

Si nous jetons maintenant un coup d'œil comparatif sur l'une et l'autre thèse, nous voyons ses auteurs assumer à la cause, vis-à-vis de l'intention libérale, un double rôle :

1° Elle limite par le domaine des mobiles où elle s'applique, celui où il faut la chercher;

2° Elle est l'instrument tout désigné pour cette recherche. Elle apparaît comme l'envers visible, matériel, d'une qualité toute subjective qu'elle révèle ainsi.

Dans la théorie de M. Hamel, elle ne peut jouer ce rôle en cas de contre-prestation morale : ici cause et intention libérale deviennent des notions hétérogènes. Nous apercevons alors nettement ce qui différencie les deux théories. Si dans l'une de celles-ci la cause semble un instrument d'une efficacité souveraine,

(1) *Op. cit.*, p. 371-372 :

« Cet avantage (moral) est-il de ceux qui font naître l'acte intéressé; est-il tel que l'examen des intentions du donateur manifeste nettement son désir de se procurer une satisfaction égoïste, sans aucune pensée de sacrifice, l'acte sera à titre onéreux. Au contraire, cette jouissance morale est-elle seulement la satisfaction intime que procure l'accomplissement d'un devoir supérieur d'amour, de charité, d'altruisme, alors l'acte appartient au royaume des libéralités. »

c'est qu'elle ne sépare point la cause des différents mobiles qui l'entourent. L'autre tient au contraire essentiellement à faire cette séparation pour dégager une notion de cause facile à reconnaître et à manier. La rançon de la clarté et de la sûreté obtenues ainsi, est dans une efficacité beaucoup moins grande, car pour connaître l'intention libérale dans certains cas il faut abandonner la cause, explorer le domaine des mobiles, c'est-à-dire revenir par un biais à la théorie précédente.

Que devons-nous penser de ces deux manières de voir? Des idées qu'elles fournissent, que faut-il retenir ou écarter pour construire une théorie juridique de l'intention libérale : c'est ce que nous allons chercher maintenant.

IV. — Nous considérerons comme la Cause de l'Acte « le fait » de l'autre partie. Il nous semble, en effet, indispensable de distinguer la cause de la masse des mobiles qui expliquent de près ou de loin l'acte (1).

(1) Cette question est d'une importance primordiale, pourrait-on dire, à l'heure où se manifeste cette tendance subjective que l'on rencontre actuellement un peu partout dans notre droit privé.

Si l'on ne veut pas que « subjectiver le droit » signifie démolir toutes les barrières établies pour laisser libre cours à l'arbitraire des interprètes, on devra essayer de rétablir sa sécurité menacée en basant ces recherches de volonté sur des règles psychologiques strictes, précises et bien étudiées. Il est contradictoire de vouloir faire du droit une recherche des intentions, tout en prétendant que les règles qui permettent de les connaître, de les classer, d'établir des rapports entre elles, n'ont qu'une valeur théorique. Il est contradictoire de vouloir établir la valeur juridique d'un acte d'après le but que poursuit son auteur et, en même temps, de refuser une valeur réelle à la règle qui distingue ce but des autres mobiles.

Certes, il est impossible de trouver par des définitions un appareil de précision qui, appliqué à un acte, sépare d'une ligne rouge le domaine où l'investigation du juge peut avoir lieu de celui où elle est interdite, mais on peut cependant trouver une règle générale suivant laquelle peut se faire cette séparation. Quelle sera cette règle? Si l'on se lance à la recherche des intentions principales de l'auteur de l'acte en fouillant sa volonté, on se risque à une opération peu sûre et bien délicate. M. Hamel nous semble avoir donné une excellente solution à ce problème, avoir trouvé un excellent procédé pour déceler, dans un acte juridique, l'intention principale. Il faut, nous dit-il, négliger l'auteur de l'acte et regarder du côté de l'autre partie avec laquelle il traite : « Son fait » sera la cause de l'acte. Celle-ci s'aperçoit alors immédiatement, sans longues recherches, et sa séparation d'avec les motifs se fait sans arbitraire, d'une façon simple. Pour ces raisons, nous adopterons la définition de la cause proposée par M. Hamel.

Mais il faut, nous semble-t-il, préciser ce qu'on doit appeler « le fait de l'autre partie ». Celui-ci ne doit point seulement être considéré au point de vue de son contenu concret (exemple : je peins une barrière, je fais un voyage), mais aussi au point de vue du genre de liaison qui le rattache à l'acte de la partie qui a pris l'initiative de l'opération (exemple : je fais un voyage parce que j'ai reçu de l'argent pour cela). C'est ainsi qu'il peut lui être relié par un lien synallagmatique, on dit alors que la cause de l'obligation de l'une des parties est la cause de l'autre (exemple : je fais un voyage parce que je reçois de l'argent et je reçois de l'argent parce que je fais un voyage), mais

ce caractère de réciprocité peut aussi ne pas exister (on peut citer ici l'exemple des contrats unilatéraux comme le dépôt).

Ce genre de lien a même été primitivement seul envisagé dans une définition de la cause. En le joignant à l'examen du contenu concret de l'acte, on obtient une notion de la cause efficace, mais qui, cependant, n'est point encore suffisante pour nous renseigner sur le caractère gratuit ou onéreux d'un acte. L'aspect synallagmatique de l'acte, par exemple, ne prouve nullement un appauvrissement du bénéficiaire, il ne prouve que la réciprocité des obligations. Nous avons déjà éclairé cette proposition par l'exemple de la donation faite à quelqu'un, en vue de lui permettre de faire un voyage d'agrément. De même on sait qu'il peut y avoir — bien qu'il y ait controverse sur ce sujet — des contrats unilatéraux à titre onéreux, on cite l'exemple classique du prêt à intérêts.

Nous trouverons, en réalité, la qualification à donner à l'acte par la considération d'un deuxième genre de liaison entre les faits des parties. Il faut voir si le fait du supposé gratifié se rattache ou ne se *rattache pas à celui de l'auteur de l'acte par une contre prestation qui fait disparaître l'avantage à lui procuré,* cette disparition étant jugée suivant un critérium objectif (1). L'absence de contre-prestation amorce la

(1) S'il s'agit d'avantage moral ou de contre-prestation morale, nous devons aussi regarder pour qualifier l'acte si la contre-prestation détruit ou ne détruit pas l'avantage du bénéficiaire. Pour plus de précision sur ce sujet, v. ch. III, n° 2, § 3. Il importe donc de ne pas confondre obligation réciproque et contre-prestation équivalente.

Nous verrons, au cours de cette étude, l'importance primor-

gratuité de l'acte. Si les parties l'ont voulue, c'est dans cette volonté que résidera *l'intention libérale.*

Telles sont les distinctions que l'on peut établir, grâce à l'analyse, à l'intérieur du « fait de l'autre partie », mais l'ensemble de ce « fait » constitue la cause de l'acte. Quel que soit l'aspect particulier du lien qui, dans les rapports des parties, décèle le caractère gratuit ou onéreux de l'acte, il faut le faire rentrer dans la cause si on veut faire de cette dernière notion un instrument réellement efficace et permettant un véritable contrôle de la légalité et de la moralité de l'acte. L'intention libérale localise un certain aspect de la cause, elle rentre dans cette notion comme la partie rentre dans le tout (1). Nous revenons à la

diale de cette distinction. Ce qui rend l'acte à titre onéreux, ce n'est pas l'obligation imposée à la partie, mais le résultat économique de cette obligation : appauvrit-elle ou n'appauvrit-elle pas le bénéficiaire de l'acte? Les auteurs qui ne font pas cette distinction, se trouvent très souvent embarrassés. En face d'une donation assortie d'une condition, ils ont tendance à voir dans celle-ci un « équivalent ». Pourquoi donne-t-on, si ce n'est pour que l'autre partie fasse ou ne fasse pas quelque chose? N'est-ce point pour l'auteur de l'acte l'équivalent de la volonté qu'il impose? Et ce qui amène de nombreux juristes à cette confusion entre obligation réciproque et contre-prestation équivalente, provient de ce qu'ils basent le caractère onéreux de l'opération sur l'imposition de la volonté de son auteur. Fatalement, ils sont alors conduits à donner un sens subjectif à l'équivalence dans une donation avec charge ou conditionnelle, comme s'il s'agissait d'un acte à titre onéreux. Ils oublient que par la qualification même qu'ils viennent de donner à l'acte, les parties reconnaissent que la charge n'est pas l'équivalent de la donation. Pour qu'on refuse de tenir compte de cette volonté exprimée, il faut qu'objectivement on puisse montrer que, malgré son dire, l'équivalence entre les prestations se réalise.

(1) N'est-il pas intéressant de rapprocher cette distinction de l'intention libérale et de la cause concrète de l'acte

théorie de M. Josserand, mais avec cette précision que lui donne par avance M. Hamel, qui consiste en ce que les mobiles dont on doit tenir compte sont limités par le « fait » du gratifié en entendant ce mot dans le sens général que nous venons de lui donner.

Il est à remarquer qu'en plaçant l'intention libérale à l'intérieur de la cause, telle que nous l'avons définie, nous la plaçons à l'intérieur de l'accord des volontés. Il n'y a rien là que de naturel car cette intention, bien qu'une telle affirmation puisse avoir les apparences d'un paradoxe, n'est qu'exceptionnellement une notion unilatérale et se présente normalement sous la forme d'un *accord de volonté*. Cet accord de volonté porte sur le fait que l'une des parties procurera à l'autre un avantage sans contre-partie de sa part. Nous entendons bien l'objection qu'on élèvera aussi-

ainsi que l'idée de la réunion de ces deux notions dans la cause totale, des observations de M. Bufnoir. Cet auteur dans son livre, *Propriété et Contrat*, aperçoit chez les contrats de bienfaisance une double cause. Dans le dépôt, la première cause de l'obligation du dépositaire, celle de restituer la chose se trouve dans le but prévu dans la convention, une deuxième cause se trouve dans son intention, celle de rendre un service au déposant (p. 532). Une double cause s'aperçoit également dans le cautionnement; l'une d'elle est le but concret visé par l'acte et l'autre l'intention de rendre un service. Cette double cause, déclare M. Bufnoir, s'apercevra dans tout acte gratuit. A propos de la donation faite dans un but immoral, il nous le montre une dernière fois (p. 545) : « Je dis que la donation peut-être caractérisée juridiquement d'abord et essentiellement par l'intention libérale du donateur envers le donataire et, en outre, par une intention parallèle et conjointe qui serait d'obtenir par cette libéralité la réalisation d'un but immédiat et direct rentrant parmi les considérations principales visées par le donateur. Ce but..... rentre dans les éléments constitutifs du contrat de telle sorte que celui-ci, à côté de sa cause ordinaire, a une cause nouvelle qui est illicite. »

tôt. On dira que l'intention libérale ne peut provenir que du bienfaiteur; que cette vue, seule raisonnable, est aussi celle couramment adoptée. Pour étayer encore la force d'un argument qui paraît pourtant se suffire à lui-même, on pourra citer des Codes, celui du canton de Zurich, par exemple, qui, en termes très nets, consacre cette conception devenue classique : « Il y a donation, déclare-t-il dans son article 426, lorsqu'une personne, mue par un sentiment de libéralité, entend procurer, de ses propres deniers, un bénéfice à une autre et qu'effectivement, le donataire recueille ce bénéfice ». L'objection est exacte : psychologiquement, moralement, l'intention libérale ne provient que d'une personne, le bénéficiaire ne peut l'exprimer puisque c'est lui qui reçoit. Mais il n'en reste pas moins vrai que, sans acceptation du bénéficiaire de reconnaître un avantage à son seul profit dans l'opération qu'on lui propose, sans son acceptation, en un mot, de considérer l'intention exprimée par celui qui le gratifie comme libérale à son égard, cette dernière, quelle qu'en soit la valeur psychologique ou morale par ailleurs, n'aurait aucun effet. L'intention libérale est une notion unilatérale, car elle ne peut provenir que de l'une des parties, mais la condition essentielle qui exige qu'elle soit reconnue comme telle par l'autre partie, nous fait constater qu'un accord de volonté seul la fait naître à la vie juridique, qu'elle est donc dans le domaine du droit un accord de volonté. Où se place cet accord? où l'aperçoit-on dans l'acte? Celui-ci est visible quand l'intention libérale est exprimée en termes précis, dans le cas contraire, nous

verrons, plus tard, par quels procédés on peut la découvrir (ch. III, n° III, § 1). S'il y a donation, il y a déjà accord avec le donataire sur un objet à transférer, puis accord sur le fait que ce transfert est une donation. Mais ce dernier n'a pas lieu sur un simple mot vide de sens, il signifie que l'une des parties entend faire gratuitement ce transfert au profit de l'autre. Or, si l'autre partie doit consentir à ce désir, pour qu'il soit reconnu par le droit, qu'est-ce à dire, sinon qu'il y a accord sur l'intention libérale?

Comme on le voit, l'accord de volonté dans un acte juridique prend de multiples aspects : Il y a 1° l'acte par lequel les volontés se rencontrent; on oserait dire l'accord sur l'accord; l'accord à l'état pur : c'est le consentement : Puis il y a un accord sur le contenu concret de l'opération qui porte sur l'objet et sur les mobiles et les rapports d'obligations, c'est-à-dire la cause proprement dite. Il y a enfin l'accord par lequel les parties déclarent vouloir ou ne pas vouloir créer un avantage au profit de l'une d'entre elles seulement, c'est-à-dire sur le titre gratuit ou onéreux à donner à l'acte.

Comment ne pas reconnaître ce caractère à l'intention libérale? Quand deux parties concluent un acte, comment admettre que l'une puisse qualifier cet acte à l'insu de l'autre? Comment admettre que l'une puisse imprimer à l'acte un régime où se répercute sa gratuité sans que l'autre y ait consenti, car on en arriverait bien à cela en considérant l'intention libérale comme une notion unilatérale?

Il n'y a, à notre connaissance, qu'un seul cas où l'intention libérale n'apparaît pas dans l'acte comme un accord de volonté, ce cas, exceptionnel est celui

de la gestion d'affaire sur lequel nous reviendrons plus tard (IIIe Partie, n° 7).

Cette analyse de l'intention libérale n'est du reste nullement contredite par le Code civil. Si celui-ci, dans l'article 1156 reconnaît la suprématie de l'intention sur la forme extérieure de l'acte, il ne reconnaît ce privilège qu'à l'intention commune des parties, c'est-à-dire à celle qui est emprisonnée dans l'accord des volontés. Nous n'avons donc fait, en considérant ainsi l'intention libérale, que la soumettre au régime de droit commun des intentions.

Notons toutefois ceci : la distinction de l'accord de volonté qui crée l'intention libérale de celui qui crée l'acte dans son contenu concret, se fait beaucoup plus facilement dans la donation avec charge que dans la donation simple. C'est pour cette raison que la donation avec charge est contrairement à ce que l'on croit l'opération type sur laquelle on peut étudier avec le plus de précision, les caractères de la gratuité. Dans la donation simple, en effet, l'accord qui crée l'acte dans son contenu concret implique l'accord qui crée l'intention libérale. Dès qu'une absence totale de contre-prestation est voulue, comment pourrait-on imaginer que l'acte est encore fait à titre onéreux? Dans l'acte à titre onéreux, si grande soit la force de l'intention, elle réclame cependant un point d'appui matériel, c'est-à-dire deux prestations, si faible puisse être l'une d'entre elles. Dans la donation simple, il n'y a qu'une prestation, l'accord de volonté qui crée l'acte concret implique que celui-ci est fait à titre gratuit, l'accord de volonté présente bien un double aspect, mais l'un implique l'autre : on concluera d'un acte qui ne présente qu'une prestation de la part d'une

des parties, qu'il est une donation, de même que le qualificatif de donation donné à un acte mettra plus vivement en évidence le fait qu'il ne comporte qu'une prestation. Pour cette raison, on peut critiquer un arrêt qui admet la validité de l'accord des volontés des parties dans un acte qui se présente comme une donation, mais qui refuse de le qualifier comme tel sous prétexte qu'il n'y a pas eu d'intention libérale exprimée (1). Dans la donation avec charges, au contraire, l'accord de volonté qui crée l'acte dans son contenu concret, se distingue bien de l'accord qui le qualifie. Le simple accord des parties, sans indication de qualification, amène normalement à conclure que l'acte est à titre onéreux. Il faut donc, pour qu'il soit à titre gratuit, qu'à ce premier accord s'ajoute quelque chose qu'il n'implique pas; cette chose est un autre accord de volonté par lequel les parties déclarent l'acte gratuit. Une analyse, purement psychologique, pourrait distinguer deux accords de volonté distincts dans une donation avec charge, l'un établissant la figure concrète de l'acte, l'autre le qualifiant; dans une dona-

(1) Il s'agit de l'arrêt de Cassation cité plus haut (D. P. 19. 1. 29), approuvant un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 25 novembre 1911. Une dame B..., fait avec les époux P..., une vente simulée dans laquelle, en réalité, aucun prix n'est versé. Les tribunaux déclarent l'acte en lui-même valable (consentement valable, ni dol, ni erreur), mais nul parce qu'aucune véritable intention libérale n'avait été manifestée par la dame B... En réalité, la dame B... était une femme dont les facultés intellectuelles étaient notoirement affaiblies par l'âge, et les époux P... avaient profité de cet état.

La preuve de la violence et du dol était difficile à faire, la jurisprudence a eu recours à un autre moyen, mais juridiquement bien critiquable.

tion simple, l'accord établissant la figure concrète de l'acte le qualifie en même temps, ce sont deux aspects d'un même accord de volonté dans la plus étroite dépendance l'un de l'autre.

Quel est, d'une façon précise, le contenu de l'accord de volontés créant l'intention libérale ? Sur quoi porte-t-il ? La réponse est simple et nous l'avons déjà donnée. C'est un accord de volonté, avons-nous dit, par lequel les parties admettent que l'une d'entre elles seulement sera avantagée. L'une veut l'enrichissement au profit de l'autre, l'autre accepte, les deux sont d'accord pour reconnaître qu'il y a un avantage (1). Si on veut une définition, nous proposerions la suivante : *L'intention libérale est l'accord de volontés par lequel les parties reconnaissent qu'un avantage a été créé au profit de l'une d'entre elles seulement.* Si nous coupions l'acte en deux et que nous regardions la volonté d'une des parties, celle du bienfaiteur, nous dirions que l'intention libérale qu'il exprime consiste simplement en ce qu'il veut l'avantage qu'il procure au bénéficiaire. Donc cet accord de volonté ne porte nullement sur la qualité, l'élévation des sentiments dont fait preuve l'une des parties. Certes, par le fait qu'elle désire un enrichissement du bénéficiaire, la volonté de celui qui le gratifie a montré une certaine qualité morale (voir au début du chapitre la définition de la notion psychologique de l'intention libérale), mais celle-ci n'apparaît point dans

(1) La définition du Code civil allemand de la donation (art. 516) semble définir ainsi l'intention libérale : « Tout acte de disposition par lequel une personne enrichit une autre au moyen d'un élément de son patrimoine, est une donation, quand les *deux parties sont d'accord* sur ce point que la disposition est effectuée à titre gratuit. »

l'accord de volonté. Le souffle de générosité qui s'exhale du cœur du bienfaiteur n'a point à figurer dans la définition juridique, on éteint jusqu'à cette flamme. En un mot l'accord de volonté ne porte pas sur la qualité morale à donner à l'acte, mais sur son résultat économique.

Un mot avant de terminer ce numéro. Si, après avoir distingué, comme nous venons de le faire, l'intention libérale de la cause (sens restreint), au point de vue de la structure psychologique, on voulait rechercher quel est, au point de vue dynamique, oserait-on dire, le rapport qui relie ces notions l'une à l'autre, on pourrait se référer à l'excellente analyse donnée par M. H. Capitant, dans son ouvrage *De la Cause des Obligations*. Cet auteur déclare que dans les donations purement gracieuses la cause et l'*animus donandi* se confondent (n° 34, page 81); ceci se comprend puisque la structure même de la donation implique par elle-même l'intention libérale comme nous avons essayé de le montrer. Par contre, dans les donations avec charge (v. *op. cit.*, n$^{os}$ 36, 196, 221), l'intention de gratifier joue, pour ainsi dire, elle-même le rôle de cause vis-à-vis la cause, but concret de l'acte (rapprocher Bufnoir, voir ci-dessus p. 67, note). Je donne parce que je veux obtenir du donataire tel résultat. L'analyse psychologique nous ayant montré que dans la donation, intention libérale et cause concrète se séparent nettement, rien n'empêche qu'elles jouent l'une vis-à-vis l'autre le rôle qu'on leur assigne. Si nous osions cependant faire une observation au sujet des développements du savant juriste, nous dirions que dans la donation avec charge, le rôle dynamique de l'intention ne doit pas cacher sa nature psychologique et encore

moins la ruiner. L'analyse de M. Capitant ne tend-elle pas un peu à cela? A propos des donations avec charge (et d'une façon plus large des donations faites en vue d'un but déterminé), il déclare (page 85) : « Il est tout à fait exact de dire qu'alors l'*animus donandi* n'est plus qu'un moyen pour atteindre le but visé » et comme conséquence de cette observation, il écrit : « Cela est si vrai que l'on a prétendu que, dans ce genre de libéralités, les véritables gratifiés étaient non pas la personne désignée comme donataire, mais tous ceux (indigents, vieillards, enfants, artistes, hommes de lettres, savants, etc.), en vue desquels l'institution est créée. Pourtant cette façon de s'exprimer, exacte en fait, n'est pas juridique, car c'est bien l'établissement ou la personne désignée qui est donataire ou légataire. ». Notre auteur lancé dans cette voie, ne doit-il pas être amené à conclure que si la charge égale la donation, le donataire reste quand même donataire. (Nous verrons plus loin, chapitre III, n° IV, sa conception des donations mutuelles qui est bien, en effet, destructive de toute réalité dans la notion de la gratuité.) Nous avons vu, dans notre chapitre I, et nous reverrons dans notre chapitre III, n° IV, que l'on ne saurait admettre ces solutions. L'intention libérale, pour être efficace, doit correspondre à une certaine réalité. L'acte à titre gratuit a des caractères objectifs qu'il doit conserver pour rester un acte à titre gratuit. La notion juridique de la gratuité ne peut pas ne pas avoir certains rapports avec la notion psychologique et économique qu'elle prétend traduire, et s'en séparer complètement. Si l'on admettait cela, on en ferait une fiction, une notion sans réalité, sans valeur intrinsèque, bref, un pur « procédé ».

V. — Notre étude de l'intention n'est point encore complète. Pour que celle-ci existe, l'acte doit satisfaire en outre à une condition essentielle : l'avantage conféré ne doit point être la conséquence d'une obligation juridique pré-existante. Dans ce cas, le bénéficiaire de l'acte ne reçoit aucun avantage car il reçoit ce à quoi il a droit. Cependant, cette condition de l'acte à titre gratuit, la spontanéité, énoncée par tous les auteurs quand ils traitent de cette matière, n'a point l'importance qu'on lui accorde, pour cette simple raison que les actes onéreux la requièrent également. Examinons, en effet, les trois hypothèses où peut se rencontrer une obligation pré-existante :

1° L'obligation pré-existante peut naître d'une convention antérieure des parties. L'exécution de cette convention aura évidemment la même nature que celle-ci, elle sera gratuite si l'acte est gratuit ou onéreuse si l'acte est onéreux. S'il s'agit donc de l'exécution d'un acte, la condition de la non existence d'une obligation pré-existante n'a aucune espèce de sens, car l'exécution de l'acte ne se sépare pas de l'acte. Si l'obligation pré-existante provient d'un acte que l'on nove, il est bien certain que l'acte sera à titre gratuit ou onéreux suivant la nature de l'acte nové.

2° Si l'obligation pré-existante a sa source dans la loi, il est bien évident que l'acte n'est pas gratuit. Mais sera-t-il onéreux ? Ici se pose le problème du domaine des actes gratuits ou onéreux que nous examinerons dans notre IIIe Partie. Nous pouvons toujours dire dès maintenant que l'existence de ces deux sortes d'actes postule essentiellement une condition : la faculté pour ces parties de pouvoir librement les conclure. Sans cette faculté, il est aussi impossible de faire une affaire que de faire une libéralité. La

liberté des parties, comme nous le verrons, est même postulée encore plus vivement par les actes onéreux que par les actes gratuits. La spontanéité de l'acte ne caractérise donc pas l'acte gratuit.

3° Enfin on peut supposer que l'obligation pré-existante provient d'une obligation naturelle. L'exécution de celle-ci est-elle un acte gratuit ? On le nie ordinairement Sera-t-elle un acte onéreux ? Cette solution est généralement admise, mais le fait que la condition de spontanéité est commune à ces deux actes, la rend fort douteuse. Nous reviendrons dans la suite sur cette question (v. III[e] Partie, n° III).

Pour ces différentes raisons, nous ne mentionnerons donc pas la spontanéité comme une condition spécifique de l'acte à titre gratuit, celle-ci étant commune aux actes gratuits et onéreux.

VI. — En résumé, on ne doit pas considérer l'intention libérale comme une simple notion psychologique, mais comme une *notion juridique*. Elle apparaît dans l'acte comme un mobile d'une espèce particulière qui se retrouve indentiquement le même dans tous les actes à titre gratuit et se distingue des mobiles ordinaires qui sont différent dans chaque acte et donnent à celui-ci une figure concrète. On ne peut, en outre, la confondre avec la cause si on donne à celle-ci la définition large qu'elle requiert. L'intention libérale est, en réalité, un élément de la cause, elle en singularise un certain aspect. Qu'elle fasse partie de cette notion juridique, ceci est d'autant plus visible qu'on la découvre au cœur de l'accord des volontés, car normalement elle devra se présenter sous la forme d'un accord entre les parties par lequel l'une d'entre elles promet de procurer à l'autres un avantage sans contre-partie de sa part.

## CHAPITRE III

### DÉFINITION DE LA GRATUITÉ ET APPLICATIONS DE CETTE DÉFINITION.

SOMMAIRE. — I. Définition de la gratuité, rôle prépondérant que joue l'avantage du bénéficiaire dans celle-ci. — II et III. Application de la définition dans une hypothèse où l'intention libérale est exprimée dans l'acte et dans une hypothèse où elle ne l'est pas. — IV. Application de celle-ci aux donations mutuelles.

I. — Si l'intention libérale est un accord de volontés par lequel les parties décident que l'une d'entre elles seulement sera avantagée, il ne nous reste plus qu'à préciser la notion d'avantage pour transformer cette définition en une définition de la gratuité. Or ces précisions, nous les avons données dans notre premier chapitre. Nous nous trouvons donc, en définitive, devant une notion composée de deux éléments également indispensables : l'*intention libérale,* l'*avantage procuré au bénéficiaire.* Ces éléments se complètent l'un l'autre : par l'intention libérale, les parties veulent l'avantage, et, par l'avantage, l'intention libérale est vérifiée. L'avantage doit être voulu par les parties pour que, juridiquement, on le reconnaisse comme tel et cet accord de volontés n'est lui-même reconnu comme conférant la gratuité à l'acte, que si l'avantage qu'il prétend donner correspond à une réalité objective.

Nous savons que les auteurs récents ont un peu trop tendance à croire que l'intention des parties est toute puissante pour conférer la gratuité à l'acte, et

à chercher la qualification de celui-ci dans l'attitude du bienfaiteur plutôt que dans la situation du bénéficiaire. Dans notre étude, nous avons voulu, au contraire, ramener les regards du côté de ce dernier, concentrer de nouveau l'attention sur le profit procuré au bénéficiaire. Le domaine de l'acte à titre gratuit ne doit pas être, comme on le croit trop souvent, un champ réservé uniquement aux expériences psychologiques, si on veut avoir une notion de la gratuité solide et qui ne varie pas comme la rose des vents, il faut la fixer par un critérium objectif. Or, ce critère, on le trouve, semble-t-il, en rendant à l'avantage donné au gratifié, son importance primordiale.

Dans ce chapitre, tout en cherchant par quels procédés en présence de « situations juridiques concrètes », on parvient à déceler la qualification qu'il faut donner à l'acte, nous montrerons par une série d'applications l'efficacité de la formule proposée.

II. — Comment peut-on découvrir la gratuité d'un acte juridique ?

Pour faire cette recherche, nous examinerons successivement *deux hypothèses*. Dans la *première*, nous supposerons l'intention libérale exprimée dans l'acte ou ressortant d'une façon évidente de ses termes. Dans la *seconde*, examinée au numéro suivant, nous supposerons une situation inverse. Dans ce numéro, nous ne nous occuperons que de la première hypothèse.

### § 1^er^. — *Comment trouverons-nous l'intention libérale ?*

Si l'on considère l'intention libérale comme une notion unilatérale, on doit constater que celle-ci, ma-

nière d'être de la volonté, peut être déterminée par de nombreux mobiles; on doit, dès lors, ne retenir, pour qualifier l'acte, que l'intention qui touche les mobiles élevés au rang de cause. En d'autres termes on ne peut tenir compte, pour la qualification d'un acte, que de l'intention libérale qui s'exprime directement dans celui-ci, qui le vise expressément. En considérant l'intention libérale comme contenue dans l'accord de volontés qui crée l'acte, nous n'avons pas à faire ces recherches. Tout but d'une des parties qui dépasse cet accord n'a, par principe, aucune valeur.

Par application de cette idée, nous déclarerons gratuits les dons à titre de réclame bien qu'ils soient faits pour inciter à l'achat d'un produit, c'est-à-dire avec une pensée de lucre qui n'est même pas cachée; nous considérerons comme des actes à titre gratuit, les services rendus sans demande de rémunération, même s'ils ont lieu avec la pensée que celui qui les recevra vous indemnisera de vos efforts ou vous les rendra à son tour; nous classerons comme un acte à titre gratuit un cautionnément qui est consenti au débiteur, parce que la caution suppose que le créancier, par faveur spéciale, lui fera remise du tout. Dans tous ces cas, on ne doit retenir, pour la qualification de l'acte, que le résultat visé par l'accord des volontés; peu nous importe que l'une des parties, le bienfaiteur, n'ait agi qu'en vue d'un acte ultérieur, qui non seulement l'indemnisera de sa dépense, mais peut-être l'enrichira à son tour.

Une autre déduction en corrélation directe avec ce que nous venons de dire se tire également de la définition de l'intention libérale. Nous l'avons définie, un

accord de volontés entre deux parties déclarant procurer un avantage à l'une seule d'entre elles. Si cet avantage est réellement procuré, la simple expression de l'intention libérale suffira, sans que nous ayons à rechercher si chez le bienfaiteur elle a une réalité morale : nous n'aurons point à nous occuper de sa qualité, qu'importe, par exemple, qu'elle soit faite par vanité (affaire Bardet, voir chapitre II), pour rechercher la popularité (don fait à une commune dans cette intention) ou par pure convention mondaine (dons faits à une vente de charité). Il suffit même qu'elle n'ait que les apparences d'exister, alors qu'en vérité elle n'a aucun contenu moral réel. Quelqu'un fait la charité pour se débarrasser d'importuns. L'intention libérale existe bien, mais seulement en la forme, elle ne correspond à aucune charité réelle. Une locution populaire « acheter sa tranquillité » dépeint bien l'état d'âme de l'auteur du don, puisqu'elle va jusqu'à assimiler son acte à un véritable acte à titre onéreux. Nous n'aurons pas, en outre, à tenir compte, comme nous l'avons déjà dit, de ce que l'acte est fait dans une intention de lucre, même si celle-ci n'est point cachée (dons réclames). Mais il faut aller plus loin et déclarer que l'apparition d'un avantage pécuniaire immédiat du côté du bienfaiteur n'a point d'influence sur la qualification de l'acte, à la condition toutefois, qu'il ne provienne pas d'une contre-partie fournie par le gratifié (1) (car, dans la mesure où l'on

(1) Un exemple nous est fourni par une vieille histoire connue : celle de cet enfant que ses parents récompensaient chaque fois qu'il avait fait une bonne action. Notre héros ne tarda pas à s'apercevoir que le don de dix centimes à un pauvre lui rapportait jusqu'à la somme de un franc : d'où progrès rapide dans ce genre de bienfait. Personne ne niera cependant

peut dire qu'il y a « équivalence » entre ce qu'il reçoit et ce qu'il donne, le profit de ce dernier — primordial en la matière — disparaît forcément). Cette réserve faite, qu'importe l'apparition simultanée d'un profit du côté du bénéficiaire et du bienfaiteur ? L'accord des volontés des parties n'est fait en vue que d'un seul avantage : celui du gratifié. Cet accord concentre en un faisceau de lumière toute l'attention du juriste sur ce dernier. Si, un enrichissement (ou d'une façon générale, un avantage) se produit chez celui qui procure le bienfait, nous ne devons lui accorder aucune influence sur l'acte, qui n'en tient pas compte, cet avantage est en dehors de ses préoccupations (1).

Une conception si simple de l'intention libérale se comprend; un acte juridique ne peut jamais être qualifié qu'au regard des parties qui le font, suivant le but qui leur est commun. On ne peut qualifier l'acte

que cet enfant fît une donation au pauvre, bien que cette opération fut pour lui fortement rémunératrice.

Contre cette façon de voir, Demogue, *op. cit.*, n° 916, par. IV. M. Maury, qui déclare que l'acte est onéreux quand le profit tiré par l'auteur de l'acte est pécuniaire, et gratuit quand celui-ci est moral, *op. cit.*, p. 72 (v. aussi p. 213), semble également ne point approuver la conception défendue ci-dessus.

(1) Mais la principale question est de savoir si l'avantage procuré par l'acte au bienfaiteur n'a pas été, en réalité, prévu par les parties, et ne rentre pas, en fait, dans l'accord des volontés. Dans ce cas (et à la condition que l'avantage du soi-disant bénéficiaire soit détruit par la contre-partie que tire le soi-disant bienfaiteur de l'opération, v. paragraphe suivant), l'acte est onéreux. Une qualification trompeuse ne saurait enlever à l'acte sa véritable nature. Il y a des cas difficiles, où la contre-prestation du bénéficiaire n'est pas visible au premier abord, c'est, par exemple, celui d'une donation de créance litigieuse ou de recouvrement incertain; nous avons montré que cet acte était, en réalité, malgré les apparences, un acte à titre onéreux, une contrat aléatoire (v. chap. I, n° VI).

suivant l'aspect qu'il présente au regard d'une seule des parties, ici le présumé bienfaiteur. Notons qu'avec une notion purement unilatérale et subjective de l'intention libérale, on devrait arriver à ce dernier résultat : étrange résultat, certes, suivant les rapports qu'aurait le présumé bienfaiteur avec lui-même, il pourrait donner une qualification à l'acte avant même d'entrer en rapport avec l'autre partie ! Une telle façon de voir ne peut être admise ! Le droit est essentiellement fait pour régler les rapports des hommes entre eux, et non pour qualifier les attitudes intimes de l'homme vis-à-vis de sa conscience, ce qui est du domaine de la psychologie et de la morale.

### § 2. — *Importance de l'avantage du bénéficaire pour la qualification de l'acte. Problème de la contre-partie morale.*

La force d'une conception aussi simple de l'intention libérale vient donc principalement de la réalité de l'avantage procuré au gratifié. Répétons ce que nous avons déjà dit : pour se rendre compte si celui-ci existe, il faut voir s'il y a ou s'il n'y a pas une contre-partie du bénéficiaire au bienfaiteur.

En cas de contre-prestation pécuniaire, on voit facilement la diminution du profit du gratifié. Nous avons dit plus haut qu'il existait de réelles tables d'équivalence qui permettaient de la mesurer (1). Le problème est plus délicat si le montant de la contre-prestation ne peut être déterminé au moment où a lieu la libéralité, si sa détermination dépend d'un élément incertain. Il s'agit, par exemple, d'une donation à un

(1) Voir chapitre I, n° VI.

domestique, à charge par ce dernier de donner ses soins au donateur pendant sa vieillesse, ou bien d'une donation d'un tuteur à son pupille, à la condition qu'il ne proteste point contre la reddition des comptes de la tutelle (1), ou bien (faisons abstraction des différentes causes de nullité qui frappent cet acte), d'une donation à un héritier à condition qu'il ne réclame point dans le cas où sa réserve serait entamée par d'autres libéralités du testateur. Pour résoudre ces différents cas, on ne saurait adopter l'opinion suivant laquelle il faut attendre le résultat final de cet acte pour le qualifier (2) (voir en sens contraire les conclusions de l'avocat général Lespinasse, dans un arrêt rendu par le Tribunal de Pau. Pau, 3 mars 1869, D. 69.2.203). Ceci serait anti-juridique. Un acte doit pouvoir être qualifié dès sa conclusion (3). En réalité, la solution à donner est assez simple. Dans ces différentes hypothèses, l'opération rentre bien dans les termes de la définition du contrat aléatoire tel que le donne l'article 1964 : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain. ». Or, l'article 1104 fait rentrer les contrats aléatoires parmi les actes à titre onéreux. Donc, dans ces différents cas, à condition toutefois que l'aléa soit sérieux, nous avons affaire à des actes à titre onéreux.

Revenons aux actes gratuits. Il existe de nombreux cas de donations où une charge est stipulée en fa-

(1) Pau, 3 mars 1869, D. 69.2.203.

(2) Orléans, 30 mars 1852, S. 53.23.

(3). V. note de M. Nast (sous arrêt de Colmar, 10 déc. 1929. D. P. 1930, 2. 81, 2e colonne).

veur du donateur et où il est difficile de connaître la valeur économique exacte, même approximative, de cette contre-prestation. Ici, nous ne sommes plus en présence d'une donation simple, le donateur procure un bienfait moyennant une prestation du bénéficiaire, on doit donc tenir compte de la valeur de cette prestation prévue par l'accord des volontés. Comment arriver à comparer la valeur de la donation et celle de la charge ? Force est bien pourtant de faire cette pesée pour savoir si l'acte est gratuit ou à titre onéreux ! Ceci est le seul moyen que l'on ait pour acquérir cette connaissance, semble-t-il. Nous savons, en effet, que dans les actes gratuits, l'équivalence des prestations doit obligatoirement s'apprécier d'une façon objective. On voit les difficultés que peuvent présenter certaines hypothèses : ces difficultés, on devra les examiner dans les cas concrets où on les aperçoit. Le juge est appelé à établir cette balance difficile. On comprend alors que ces cas puissent souvent lui permettre de favoriser une des parties au dépens de l'autre et de transformer nombre de donations avec charge en des actes à titre onéreux, comme le prouve la jurisprudence des offres de concours (voir chapitre II, n° II).

Bien qu'il n'y ait pas de critère précis pour résoudre ces cas difficiles, nous voudrions faire, à leur sujet, quelques remarques :

1° Il faut se garder de convertir toute donation en une donation avec charge. Pour que celle-ci existe, il faut que les parties aient voulu lui donner d'une façon nette ce caractère. Si une personne répond à l'appel d'une autre, on ne peut dire que l'avantage qu'elle peut retirer par ricochet de

sa générosité provient d'une condition de l'acte, celui-ci n'a pas été prévu dans l'accord des volontés. C'est ainsi que dans de nombreux cas d'offres de concours, les donateurs ont dû apprendre avec surprise que leur générosité n'était que fictive et qu'ils avaient, en réalité, fait un acte à titre onéreux... sans le savoir.

2° On peut faire observer, en second lieu, que le législateur n'impose un critère objectif dans l'appréciation de l'avantage que pour qu'il soit visible et réel (voir chapitre I, n° VI); il y a des cas où cette exigence ne permet pas d'atteindre ce but : ce sont précisément ceux que nous examinons. Dans le cas où il n'y a aucun commun-dénominateur entre la donation et la charge, on peut dire que la qualification de l'acte « donation avec charge », appellation qui implique dans ses termes la possibilité d'une comparaison entre ces deux éléments, est fausse, et qu'il s'agit, en l'espèce, de l'échange de deux prestations que les parties ont dû considérer comme égales dans l'impossibilité où l'on est de pouvoir les comparer. En effet, dans l'acte à titre gratuit, le jugement des parties ne vaut qu'autant qu'il peut être vérifié par la société, or celle-ci s'avoue incapable de fixer dans quelle mesure l'une des prestations vaut économiquement plus que l'autre. Dans ce cas, on peut sans doute considérer l'acte comme à titre onéreux, bien qu'il soit qualifié de « gratuit ».

3° Enfin, pour aider à la résolution de ces cas difficiles, on peut faire une observation que nous croyons importante. Si on examine la structure de l'acte, la donation avec charge n'est pas un contrat *do ut des* ordinaire. Dans un acte à titre onéreux, les termes de l'opération sont les suivants : « Je te donne pour que tu me donnes », dans la donation avec

charge, le sens de ceux-ci est différent, on doit plutôt les traduire ainsi : « Je te fais une donation, mais je la soumets à la condition que... », autrement dit, la donation avec charge n'est pas un simple échange de prestations, une intention libérale a été manifestée, les parties ont parlé d'acte à titre gratuit, ce que les parties ont envisagé d'une façon principale, c'est l'avantage conféré au bénéficiaire. La charge n'importe dans la qualification de l'acte qu'autant qu'elle détruit l'avantage procuré au bénéficiaire, de sorte que nous dirions volontiers que ce qu'il faut considérer, ce n'est pas tant l'avantage procuré en retour au bienfaiteur par le bénéficiaire grevé, *que la disparition de l'enrichissement qu'il produit dans le patrimoine de ce même bénéficiaire.*

Dans les cas de donation avec charge, où la comparaison de la donation et de la charge se révèle comme particulièrement ardue, on ne pourra donc conclure au caractère onéreux de l'acte, comme nous l'avons dit au paragraphe précédent, que si l'avantage du bénéficiaire paraît bien être entamé par la charge qui le grève.

Qu'on n'accuse pas le raisonnement que nous venons de faire d'un byzantinisme excessif, nous allons en voir l'importance à propos de la contre-partie morale. Nous avons dit : ce qui rend l'acte à titre onéreux, c'est moins la valeur de la contre-prestation que reçoit le bienfaiteur que la destruction de l'enrichissement du bénéficiaire qu'elle produit; un seul coup d'œil nous révèlera cela, alors que de longues et incertaines recherches seraient nécessaires pour apprécier la valeur de la contre-prestation. En voici des exemples : un homme fait des versements pour une œuvre s'oc-

cupant de la propagation d'une doctrine politique ou philosophique. La satisfaction que retire l'auteur de son acte, seule contre-prestation que celui-ci puisse, par hypothèse, lui donner (satisfaction qui peut dépasser toute satisfaction que donnerait un acte à titre onéreux), fait-elle disparaître la gratuité de l'acte? La contre-prestation morale rend-t-elle l'acte à titre onéreux? Comment savoir en un mot, même si l'acte est officiellement qualifié de donation, s'il y a donation ou louage de service? Le problème, en réalité, est beaucoup moins complexe qu'on ne le pense. Pour le résoudre, nous ne tiendrons pas compte de l'intérêt que le supposé donateur prend à l'œuvre à laquelle il vient de faire des versements, nous nous tournerons du côté du gratifié. N'agit-il que comme exécuteur de service sans prendre intérêt à l'œuvre pour laquelle on lui procure des fonds, aux yeux du public l'opération intéresse-t-elle essentiellement le bienfaiteur : l'acte sera à titre onéreux, le bénéficiaire n'en retire aucun profit. Ce bénéficiaire s'intéresse-t-il, au contraire, spécialement à cette œuvre, la poursuit-il pour elle-même, pour le profit moral qu'il en retire, on voit de suite que son enrichissement n'est nullement diminué par la contre-prestation morale qu'en retire le donateur; comme dans les autres cas, ce profit détermine la qualification de l'acte, il rendra l'acte à titre gratuit.

Voici un deuxième exemple : supposons qu'une personne fasse une donation pour qu'on donne un concert lors d'une fête de bienfaisance. Il y a avantage certain du côté du donataire. Cet avantage ne disparaîtrait pas alors même que le donateur aurait imposé l'exécution de morceaux de son choix et n'aurait fait ladite donation que dans le but de s'offrir un

« régal musical ». L'avantage du gratifié s'apprécie immédiatement, il serait difficile, par contre, de dire la valeur de la contre-prestation que le donateur en retire.

En un mot, et pour nous résumer, l'étude que nous venons de faire met surtout en relief le rôle *primordial du profit du bénéficiaire dans les actes à titre gratuit*. Elle établit que c'est lui qu'il faut surtout considérer pour voir si un acte est gratuit. L'avantage conféré au bénéficiaire est la clef de voûte qui doit soutenir une théorie de la « gratuité ». Du moment qu'il est voulu (accord de volontés formant l'intention libérale) et qu'il existe, nous pouvons nous dispenser d'autres recherches. Objectivement établi, et la preuve de son existence est facile, le profit du gratifié apparaît comme un mur derrière lequel il est interdit de regarder. Mais il faut, à notre avis, aller plus loin. La disparition du profit du bénéficiaire supprime la gratuité de l'acte et le rend onéreux sans qu'on ait à rechercher s'il procure, en sens inverse, un profit au soi-disant bienfaiteur. Que nous importe que celui-ci retire ou ne retire pas un profit de son opération. Qu'importe que son auteur en ait mal calculé les conséquences et n'en retire lui-même aucun profit moral ou pécuniaire; la non existence du profit du bénéficiaire supprime la gratuité de l'acte et le rend onéreux. Nous pourrions, pour illustrer cette idée, prendre l'exemple d'un individu qui fait une offre de concours dont le résultat ne profite pas à la communauté et dont, en définitive, il ne profite pas lui-même. Il s'agit d'un acte raté, il en est l'auteur, qu'il en subisse les conséquences.

III. — Nous arrivons maintenant à une deuxième

hypothèse : dans l'acte envisagé, l'intention libérale n'est pas exprimée ou bien elle ne ressort pas de ses termes. Comment découvrirons-nous l'intention libérale? Pour résoudre ce problème, nous distinguerons deux cas : dans le premier, nous supposerons qu'une contre-prestation du bénéficiaire procure un avantage à celui qui est censé le gratifier. Dans le deuxième, nous supposerons que cette contre-prestation n'a pas lieu.

§ 1. — Dans le premier cas, on présume « l'intention mercantile » des parties et on conclut à « l'équivalence » des prestations pour les raisons que nous avons développées au chapitre I, n° III, quand nous nous sommes occupés de l'étude de cette notion; on conclut donc au caractère onéreux de l'acte.

Le critère d'une équivalence objective reprendrait-il son rôle s'il y a réellement une différence fort appréciable entre les prestations réciproques? Dans ce dernier cas, comment qualifier l'acte? La grande différence entre les prestations fait-elle renaître l'intention libérale? Il semble bien difficile d'établir une présomption en ce sens : sait-on s'il n'y a pas, au contraire, exploitation du supposé bienfaiteur? Mais, en réalité, quand on trouve une certaine différence entre les prestations, le cas sera bien rare (peut-il même se rencontrer ?) où l'on ne pourra connaître la qualification que les parties ont entendu donner à l'opération. Un acte juridique se présente toujours avec une foule d'indices qui peuvent renseigner sur la volonté des parties. Observons que ces nombreux indices qui entourent l'acte, lui créent une atmosphère, ne se confondent pas avec l'intention libérale que nous devons chercher. Celle-ci, si elle existe, doit toujours con-

sister en un accord de volonté, mais cet accord est caché, il nous faut un révélateur pour en vérifier l'existence, pour essayer de le faire apparaître à la vie juridique; les indices que nous interrogeons remplissent cet office. Il est certain que nous revenons ici aux recherches d'intentions, au principe d'une conception subjective de l'intention libérale, mais il faut alors retenir ceci : 1° cette recherche ne tend qu'à nous éclairer sur l'intention commune des deux parties et non pas uniquement sur celles de l'une d'entre elles; 2° elle n'a lieu que si l'intention libérale n'est pas expressément exprimée dans l'acte. Son application se trouve donc nettement limitée.

Les indices qui nous servent de guide dans notre recherche peuvent être de plusieurs sortes. Il y en a qui se ramènent à l'apparence extérieure de l'acte. Certains actes peuvent être marqués d'un certain sceau par le public, il n'est pas besoin de chercher au-delà de cette marque. Quand un client laisse une pièce de monnaie sur la table d'un café, il n'a pas besoin d'exprimer plus précisément ses intentions, on sait qu'il s'agit d'un pourboire et non du prix d'une location de service. Mais, cependant, la plupart du temps, les indices révélateurs de l'intention commune des parties sont trop particuliers, trop spéciaux à chaque acte où ils se trouvent pour qu'on puisse dresser une table de leur valeur respective.

§ 2. — Dans le deuxième cas à examiner, nous supposons qu'il n'y a aucune contre-prestation du bénéficiaire au profit du bienfaiteur. Faut-il présumer l'intention libérale et la gratuité de l'acte?

En principe, il faut répondre affirmativement, à condition, toutefois, qu'il y ait bien accord de volonté

entre le gratifié et celui qui le gratifie. Cette dernière condition qui semble aller de soi est pourtant plus importante qu'elle ne le paraît, car elle trouve une application originale dans le domaine des *Renonciations*. On dit souvent que celles-ci ne deviennent des actes à titre gratuit que si elles sont faites *in favorem*. La présence de cette condition demande à être expliquée. Elle signifie que les renonciations ne sont pas des actes à titre gratuit tant qu'elles ne paraissent pas correspondre (directement ou indirectement) à un accord de volontés entre le renonçant et celui ou ceux qui profiteront de sa renonciation.

En effet, en cas d'une véritable renonciation, acte abdicatif, la personne renonçante agit seule. Son acte de volonté est unilatéral; elle ne fait pas le moindre acte avec les personnes qui profiteront de sa renonciation, ces personnes ne se trouvent pas dans son horizon juridique (1). Mais si elle déclare faire cet acte en faveur de personnes qui profiteront de la renonciation, ou si de l'examen de la cause on peut déduire que sa volonté a été de leur transmettre le profit de la renonciation, il peut y avoir un véritable accord de volontés provenant du fait que l'une des parties offre et que l'autre accepte (2) : l'acte sera une libéralité. Cet

(1) Voir sur le càractère abdicatif de la Renonciation, la thèse de M. Charles Ducoin, *Essai d'une théorie générale de la Renonciation en droit civil français*, Lyon, 1913.

(2) Il est évidemment nécessaire que la partie qui accepte sache que la renonciation est faite en sa faveur, sans cela il y aurait un accord de volonté sans que l'une des parties s'en doute, ce qui est naturellement impossible.

M. Coin-Delisle (*Commentaire du titre des Donations et des Testaments*, Paris 1855, v. sous art. 893, n° 10; sous art. 894, n°s 8 à 14), déclare également qu'une renonciation n'est pas une donation, par ce qu'elle est un acte abdicatif et qu'il n'y a

accord est évident dans toutes les hypothèses de renonciation à une créance. En vérité, à ce moment, l'acte cesse d'être un véritable acte abdicatif pour devenir un acte translatif. Dans celui-ci, l'avantage donné au gratifié est tellement évident, qu'il ne semble peut-être pas même nécessaire aux parties de le reconnaître comme avantage dans leur accord de volontés (1). Peuvent-elles faire autrement? Pour déclarer l'équivalence, il faut au moins un élément pour l'amorcer, une certaine contre-prestation du gratifié; ici, il n'y en a point.

pas un accord de volonté entre le renonçant et celui qui profite de la Renonciation. Dans le cas où cet accord interviendrait, l'acte redeviendrait une donation. Mais M. Coin-Delisle est beaucoup plus difficile que M. Ducoin, pour admettre la présence de cette hypothèse.

Ainsi, selon lui, « peu importe que le renonçant soit déterminé par un motif de libéralité ou même qu'il exprime en faveur de qui, ou au profit de qui il fait la Renonciation, pourvu qu'il n'en modifie en rien les effets légaux », il n'en accomplit pas moins une renonciation et non une libéralité. Si la renonciation cache, en fait, un accord de volonté, elle n'en conserve pas moins sa nature, les parties profitent d'un mécanisme légal, ils n'en peuvent changer l'essence. M. Ducoin pense qu'il faut regarder l'intention réelle des parties, voir s'il y a ou s'il n'y a pas, en réalité, un accord entre elles. Sans vouloir donner une solution à propos d'une question que nous n'avons pas spécialement étudiée, nous pensons que cette dernière opinion est plus exacte. Ainsi, selon la théorie de M. Coin-Delisle, on doit aboutir à ce résultat assez surprenant : une Renonciation à une dette, en faveur d'un débiteur, ne serait pas un acte à titre gratuit, la Renonciation ne devient une libéralité que si on modifie l'effet légal qu'elle est appelée à fournir; pour avoir un exemple de cela, il faut supposer une renonciation faite, non en faveur du débiteur, mais d'un tiers (v. *op. cit.*, n° 13).

(1) D'une façon générale, suivant la jurisprudence, on présume que la volonté du renonçant est d'avantager celui qui profitera de la renonciation. C'est à l'autre partie à faire la preuve contraire :

On voit donc que le cas des renonciations ne nous conduit pas à rendre à l'intention libérale son aspect moral pour pouvoir qualifier l'acte, bien au contraire, on y vérifie d'une façon saisissante le caractère simplifié de cette notion et sa nature d'accord de volonté. Si, en effet, dans l'hypothèse que nous examinons, celle-ci apparaît souvent avec tous les signes d'une générosité élevée, il faut se rendre compte que sa véritable force ne vient pas de la hauteur des sentiments qui l'animent, mais de ce qu'elle crée un accord de volonté entre les parties. Elle les tourne l'une vers l'autre. Cette intention libérale morale crée l'intention libérale juridique en établissant entre les parties l'accord indispensable à cette dernière.

IV. — Terminons ce chapitre consacré à la définition de la « gratuité » des actes juridiques en donnant un exemple de l'application qu'on en peut faire dans une hypothèse des plus complexe : celle des *donations mutuelles*. Ces opérations ont-elles réellement droit au nom de donations? Et si elles y ont droit, ne semble-t-il pas alors impossible de donner chez elles, à l'avantage, le premier rôle comme criterium de la distinction du titre gratuit et du titre onéreux ? Cet avantage, peut-on dire qu'il a encore une réalité objective alors qu'il est détruit par la réciprocité qu'il exige? Ce sont là des questions auxquelles nous allons essayer de répondre.

Personne ne refusera le caractère d'acte gratuit à

V. pour les renonciations à une succession Civ. 15 mai 1866, D. 66. 1. 249. Répertoire de Jurisprudence Générale succ., n° 1157. Demolombe succ., t. IV, n° 333.

V. aussi pour la renonciation à un usufruit, Civ. 7 oct. 1886. D. 87.1.129. Limoges, 19 fév. 1884. D. 84.2.209; pour la renonciation à un gain de survie, Civ. 15 mai 1866. D. 66.1.249.

une donation rémunératoire (supposons qu'elle ne soit pas faite en vertu d'une obligation naturelle). Nous l'avons montré précédemment (chapitre I, n° V, § 1) dans ce cas ce qui est donné au bénéficiaire, reste bien un avantage, parce que le bienfaiteur n'était pas tenu juridiquement de le donner. Des avantages que se confèrent réciproquement deux personnes, conservent leur caractère d'avantage tant qu'il n'existe aucun lien juridique qui oblige l'une de ces personnes à agir parce que l'autre agit. En résumé, et d'une façon plus précise, nous avons vu que l'appauvrissement de l'une de ces personnes ne détruit l'avantage qui lui est conféré que si ces deux notions sont reliées par un lien de causalité réciproque (voir chapitre I, n° V, § 1). Il n'est pas impossible de rencontrer des personnes, parentes ou amies qui, durant le cours de leur vie, se soient faites chacune une donation. On ne niera pas le caractère gratuit de ces actes. Réduisons maintenant le trait de temps qui sépare ces deux donations, ces opérations resteront des donations. Allons jusqu'à réduire à néant ce temps qui les sépare, supposons, par exemple, que ces opérations soient faites dans un même acte instrumentaire, rationnellement elles ne peuvent avoir changé de nature juridique. L'intention libérale existe, l'avantage aussi, puisque l'une des opérations n'a pas pour cause l'autre. Dans cette hypothèse, les donations prennent le nom de donations mutuelles, leur caractère gratuit est démontré.

Cependant, ce rapprochement anormal de ces deux opérations, dans le temps et dans l'espace, a fait naître tout de suite un doute. Ne semble-t-il pas que ces donations soient en réalité la contre-partie l'une

de l'autre? Ne semble-t-il pas qu'il y ait un certain rapport entre l'une et l'autre, ce qu'accuse le nom même de « donations mutuelles »? N'est-ce pas répondre à la volonté des donateurs que de tenir compte de ce lien, en faisant de chacune des donations la cause de l'autre? De très nombreux auteurs ont répondu à cette question par l'affirmative (1). Les uns, il est vrai, avec une certaine hésitation; les autres, avec beaucoup de netteté et de précision. Après Furgole, Pothier, Coin-Delisle (2), MM. Aubry et Rau s'expriment sur ce sujet d'une façon fort claire : « Les donations mutuelles ont cela de particulier que l'annulation pour vice de forme ou de fond de la donation faite à l'une des parties, ou sa révocation pour cause de survenance d'enfants, entraîne l'annulation ou la révocation de la donation faite à l'autre partie. ». Ces auteurs ajoutent en note : « La raison en est que les donations mutuelles ne sauraient être dégagées de tout motif intéressé et qu'elles sont en quelque sorte la condition ou la cause l'une de l'autre. D'où il résulte que, si la donation faite à l'une des parties reste sans effet, ou se trouve révoquée par une circonstance ou un évènement qui ne soit pas imputable à la faute du donataire, la donation faite par ce der-

(1) Plusieurs auteurs ont cru trouver, dans le Code civil, la confirmation de cette façon de voir. Ils s'appuient sur de faibles indices qui n'ont pas la portée qu'ils leur prêtent, v. la réfutation de ces arguments dans Laurent, t. XIII, n°s 16 et 73.

(2) Furgole, *Testaments*, chap. XI, sect. 1re, n° 105. Pothier, Traité des donations entre mari et femme, 2e partie, ch. I, n° 130, t. VII, traité des donations entre vifs, n° 148, avec une note en sens contraire de Bugnet.

Coin-Delisle, *Op. cit.* sous art. 953, p. 272. n°s 12 et 13.

nier doit suivre le même sort (1) ». Demolombe (2), malgré quelques scrupules devant les conséquences de cette affirmation, se range à cet avis. Plus récemment, M. Henri Capitant (3) a exprimé, avec la plus grande précision, cette idée : il déclare que dans les donations qui poursuivent un certain but (comme par exemple les donations avec charge) *l'animus donandi* est en relation intime avec le but poursuivi, de sorte que si ce but ne se réalise pas, la donation ne pourra avoir lieu. L'application de cette théorie aux donations mutuelles l'amène à s'exprimer ainsi : « Il est bien évident, dit-il, que dans ces donations chaque disposant a en vue la libéralité qui lui est adressée par l'autre. La cause qui le détermine à donner à l'autre est la donation que ce dernier lui fait. Il s'agit vraiment ici d'un contrat synallagmatique. »

Cette façon de voir ne saurait cependant être approuvée. Comment peut-on la justifier? Si l'on suppose que les deux donations sont de même valeur et que l'une est cause de l'autre, comment peut-on parler d'acte gratuit? Comment peut-on trouver qu'un tel acte puisse procurer un avantage à l'une des parties? Cherchons les explications qu'on peut donner. Ou bien les auteurs soutiennent que l'intention libérale suffit à elle seule pour assurer la gratuité de l'acte sans que l'existence d'un avantage soit nécessaire, mais ils aboutissent alors à la contradiction suivante: l'intention libérale, qui est l'affirmation par les parties de la volonté de créer un avantage au profit de

(1) Aubry et Rau, t. XI, n° 703 et note 3.

(2) Demolombe, *Traité des Donations et Testaments*, t. III, n° 53, 587-588-589. — Idem Toullier, t. V, n°s 306 et 307.

(3) Capitant, *La Cause dans les Obligations*, p. 86. n° 37.

l'une d'entre elles, pourrait exister sans l'existence de ce dernier. Les parties ne peuvent évidemment vouloir à la fois l'une et l'autre chose. Ou bien, deuxième explication, et en apparence la plus solide, les auteurs ne nient pas la nécessité de l'existence d'un avantage pour assurer la gratuité de l'acte, mais ils prétendent que ce dernier peut être reconnu par les parties dans un cas où la société le nie. Ils prétendent que les parties peuvent le définir subjectivement, mais nous avons déjà indiqué plus haut toutes les raisons qui s'opposent à cette conception (chapitre I, n° IV). Si on l'adopte, n'est-il pas évident que l'intention des parties fait tout en la matière; qu'un acte qui, normalement, passerait pour onéreux, peut être qualifié par les parties de gratuit? Or, n'est-il pas étonnant que les auteurs qui ne reculent pas devant cette affirmation à propos des donations mutuelles, n'aient jamais osé la faire à propos des donations avec charge en faveur du donateur? Si ce dernier impose au donataire une charge en sa faveur d'une valeur égale à la donation, personne ne déclarera l'acte gratuit et pourtant, malgré l'égalité objective de la charge et de la donation (cause l'une de l'autre), l'intention des parties a bien été de faire un acte gratuit puisque le donateur a exprimé ce désir et que le donataire a accepté de voir les choses ainsi. En réalité, on suppose que le donataire n'accepte pas l'opération en tant que donation, parce que la disparition d'un avantage objectif détruit l'intention libérale, mais si on admet qu'un simple avantage subjectif suffit pour assurer la gratuité d'un acte, quelle raison a-t-on de supposer que l'intention exprimée par le donataire grevé n'est pas sa véritable intention? Pourquoi, dans un cas,

ne reconnaît-on l'avantage que s'il a une valeur vérifiable par la société et pourquoi, dans l'autre, dit-on que la simple affimation par parties de son existence suffit ? Cela est évidemment inexplicable. Enfin, troisième essai d'explication, les auteurs peuvent prétendre que l'avantage dans sa réalité objective existe, mais alors ils ne peuvent appuyer cette affirmation que sur un procédé artificiel et sans valeur. Raisonnons : si ces deux donations constituaient les deux prestations d'un acte à titre onéreux, elles s'annuleraient l'une l'autre pour laisser les parties dans une situation inchangée, ici par le seul fait de l'intention libérale, elles constituent un enrichissement pour chacune d'elles. Et cela a lieu parce que, tout en considérant que l'une des donations est la cause de l'autre, on veut les considérer au point de vue de l'enrichissement comme ne l'étant point. Après avoir établi le lien de causalité, on le supprime ou, plus exactement, quand il s'agira de consentement, de révocation, on le supposera existant et quand il s'agira d'enrichissement, on niera son existence. C'est la contradiction à laquelle n'échappent pas les auteurs que nous avons cités et celle-ci suffit pour ruiner leur système. Demolombe (1) avait du reste bien senti le danger que présente le fait d'affirmer la gratuité des donations mutuelles, en prétendant qu'elles sont cause l'une de l'autre (2), c'est pour cela qu'il dit qu'elles ne sont pas véritablement cause, mais condition l'une de l'autre. Ce changement de mot ne saurait, malheureusement pour notre auteur, changer l'idée dont les conséquences sont identiques.

(1) Demolombe, réf. citée.

(2) La théorie des donations mutuelles, cause l'une de l'autre, est réfutée par Laurent, v. t. XII, nos 16 et 73; t. XII, n° 342.

Pour toutes ces raisons, on ne saurait admettre la théorie qui crée entre les donations mutuelles un lien de réciprocité, qu'on l'appelle cause ou condition, lien dont dépendrait leur mutuelle existence. Ceci serait en outre contraire à la volonté des parties, telle qu'elle s'affirme dans l'acte.

On pourra alors objecter qu'il ne faut pas s'en tenir à cette volonté officielle, qu'il est nécessaire de fouiller l'intention des parties pour voir si sous le manteau fallacieux d'une qualification, ils ne cachent pas un acte d'un caractère différent. Cette remarque est exacte, on doit en tenir compte. Pour cette recherche, il faut interroger attentivement la cause : suivant les circonstances où se présente l'acte, on peut en effet s'apercevoir que l'une des donations est faite en vue de l'autre. Seulement, en cas de découverte de ce genre, si les donations sont de valeur égale, l'acte ne sera plus un acte à titre gratuit, mais un acte à titre onéreux. Non seulement la qualification inexacte donnée par les parties disparaîtra, mais les deux actes se fondront en un seul, les deux donations deviendront les deux prestations d'un acte unique. Voici un exemple fourni par Toullier (1). Cet auteur examine le cas de deux propriétaires fonciers qui, pour obtenir une répartition plus commode de leurs terres, se font mutuellement donation d'un certain nombre de celles-ci. Dans ce cas, si nous interrogeons la cause, nous voyons que « le fait de l'autre partie » est au fond l'attente par le donateur d'une donation semblable. Le but commun poursuivi par les parties, regrouper leurs terres, ne peut être atteint que par l'exécution des deux donations. L'une est la cause de

(1) Toullier, t. V, n° 306.

l'autre. Toullier, qui admet que les donations mutuelles peuvent être la cause l'une de l'autre en restant des actes à titre gratuit et qui décide que l'intention des parties fait tout en la matière, reste perplexe devant le cas que lui-même propose. Cette perplexité, nous n'avons pas à l'avoir : les donations étant, par hypothèses, égales, le fait que l'une est cause de l'autre détruit l'avantage, l'acte est un acte à titre onéreux, un échange. Il est à noter que l'acte pourrait être un acte à titre gratuit dans l'hypothèse où l'une des donations serait plus forte que l'autre. L'acte est unique, puisque l'une des opérations est la cause de l'autre, mais l'intention libérale existe, puisque les parties l'ont exprimée et, de plus, un avantage réel peut exister pour l'une des parties si elle reçoit un don supérieur au sien propre. L'acte apparaît comme une sorte d'échange auquel s'ajoute une donation ou plus exactement, sa nature est celle d'une donation avec charge (voir Troisième Partie, n° XII). L'intention libérale disparaît pour la part des dons qui s'annulent en valeur, car elle ne peut pas exister sans un enrichissement du gratifié, mais elle garde son existence dans la mesure où celui-ci se réalise. L'avantage sera donc encore ici le grand déterminateur de la gratuité de l'acte.

La recherche sur la cause réelle des donations mutuelles peut être assez compliquée; il en est cependant certaines où la réciprocité de la cause y apparaît d'une façon éclatante : ce sont les *donations mutuelles aléatoires*. Ces opérations sont fort répandues. En voici plusieurs exemples. Il s'agit de deux conjoints, mariés sous le régime de la communauté, qui ont constitué ensemble une rente reversible sur la

tête du survivant : le survivant pourra jouir de la rente en tant que libéralité, car on peut dire que les conjoints se sont mutuellement fait donation du prix de la reversibilité. Deuxième exemple : il s'agit d'assurances conjointes constituées sur la tête du survivant par le même procédé, les époux se font mutuellement don des primes qu'a dû payer la communauté (1). Autre exemple qui nous est donné par un cas qui a sollicité récemment l'attention de la Cour de cassation : deux ménages achètent un domaine à frais communs et insèrent, dans l'acte, une clause suivant laquelle la part des prémourants accroîtra celle des survivants (2). Cette opération peut-elle se réaliser par le moyen de donations mutuelles ou constitue-t-elle nécessairement un acte à titre onéreux? Telle est la question à laquelle la Cour suprême dut répondre.

Les auteurs ont répondu d'une façon diverse à celle-ci. Pothier voit une donation dans le don mutuel entre époux fait au profit du survivant (3). Pour Demolombe, ce cas lui paraît moins complexe que celui des donations mutuelles ordinaires, car l'enrichissement au profit d'un seul est alors visible. Pour

(1) M. Nast, *Les Régimes matrimoniaux*, première partie, nos 206, 207, 214. (*Traité pratique de Droit civil français*, par Planiol et Ripert, t. VIII.)

Pour le cas de deux époux qui constituent ensemble une rente reversible sur la tête du survivant, voir : Rennes, 3 janvier 1861, S. 61.2.591. — Rouen, 10 février 1909, D. 11.2.1, note Capitant, S. 10.2.81, note Dalmbert. — V. aussi D. 65.2.73, note Mourlon. — Planiol, *Traité*, t. III, n° 1323.

(2) Ch. des Req., 24 janv. 1928, D. 28.1.157, rapport de M. le Conseiller Célice.

(3) Pothier, *Traité des donations entre vifs*, n° 148.

savoir, dit-il, s'il y a donations mutuelles ou échange « il faudra tenir compte de la qualité des parties, des liens qui les unissent, de la circonstance surtout que la convention réciproque d'abandon devait avoir son effet actuellement au profit de chacune d'elles (ce qui semblerait imprimer à l'acte le caractère d'un échange plutôt que d'une donation) ou qu'il ne devait, au contraire, se réaliser qu'au profit du survivant (ce qui semblerait imprimer le caractère d'une donation plutôt que d'un échange » (1).

Cependant, la plupart des auteurs et la jurisprudence adoptent, avec juste raison, une solution contraire. Ils déclarent, en effet, que cette opération est un contrat aléatoire à titre onéreux. Pour justifier cette qualification, ils font remarquer que l'équivalence des prestations se réalise dans l'équivalence des risques, chaque partie acquérant le droit éventuel à un avantage moyennant une renonciation également éventuelle à cet avantage. Troplong (2) déclare : « Il n'y a pas de donation, c'est un pacte de société, ayant tous les caractères d'un contrat aléatoire, dont les avantages sont réciproques et soumis à la même égalité de chance ». P. Pont (3) ne tient pas un aure langage : « C'est, dit-il, une convention aléatoire qui présente une analogie frappante avec la convention con-

(1) Demolombe, *Traité des donations et des testaments*, n° 53.

(2) Troplong, *Du contrat de mariage*, t. I, cité par Mourlon dans sa note. La déclaration de Troplong est d'autant plus curieuse qu'il reconnaît le caractère de cause réciproque entre les deux donations d'une donation mutuelle qui, malgré cela, reste un acte à titre gratuit (v. t. III, n° 1395). Comment cet auteur explique-t-il une telle contradiction ?

(3) P. Pont, *Petits Contrats*, t. I, n° 698.

nue sous le nom de tontine. » Mourlon (1), dans une note, résume d'une façon excellente cette thèse : « Les parties ont fait entre elles un contrat unique, par lequel chacune d'elles a stipulé en vue de sa propre personne ou de son intérêt personnel, un certain avantage en retour de l'avantage qu'elle a promis. Or, si chacune d'elles a entendu recevoir l'équivalent de l'avantage promis, comment ne pas voir dans leur traité les signes essentiels et tout à fait caractéristiques de l'acte à titre onéreux. » MM. Nast, Savatier, Vialleton, qui ont étudiés le plus récemment la question, aboutissent à la même conclusion, et c'est celle-ci qu'adopte également les derniers arrêts des tribunaux (2).

(1) Mourlon, note citée. Dans sa note, M. Mourlon envisage le cas de deux époux qui se sont fait une donation mutuelle aléatoire, dans le fragment cité dans notre texte nous avons remplacé le mot époux par le mot partie. — Capitant, note citée.

(2) Cette étude s'est présentée à propos de la qualification à donner à l'acte par lequel plusieurs personnes achètent, à frais communs, un immeuble, en décidant que la part des prémourants accroîtra celle des survivants jusqu'à ce que le dernier survivant soit propriétaire du tout. La jurisprudence refusa d'analyser l'acte comme étant constitué de donations mutuelles. Une consultation de M. César-Bru, à propos d'une espèce de ce genre, avait pourtant admis cette analyse. Cette consultation fut produite devant la Cour de Toulouse, qui dans un arrêt du 24 décembre 1924 (que nous n'avons pu, hélas, trouver dans les recueils) en repoussa les conclusions. Un arrêt de cassation confirma le caractère onéreux de l'acte. Ch. des Req., 24 janv. 1928, avec un rapport de M. le Conseiller Célice, D. 28. 1. 157. — S. 1929. 1. 237, note de M. Vialleton. Dans le même sens, Dijon, 23 mai 1929, D. H. 1929, p. 419; idem. Colmar, 10 déc. 1929, D. 30. 2. 81, avec une note de M. Nast. — V. également Savatier, *Rev. Trim.* 1928, p. 465.

Pour une étude détaillée de la clause, v. M. Nast, *Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement*, 1928, art. 27.759, p. 417 et suiv.

Contrairement à la majorité des auteurs, M. Trasbot (*Rev. crit.*, n° 9-10, 1929, commentaire de l'arrêt de Cass. cité plus haut), reconnaît un caractère gratuit à l'acte.

Cette dernière qualification nous paraît exacte. Ici les deux donations sont cause l'une de l'autre. Si l'une des parties donne, n'est-ce pas essentiellement parce qu'il est convenu que l'autre en fera autant? L'exécution réciproque des deux donations est indispensable pour que le but commun poursuivi par les parties puisse se réaliser. Le fait que la donation mutuelle entre époux doit se faire dans deux actes séparés, n'infirme nullement, comme le croit Bugnet (1) le lien de réciprocité qui les unit, une séparation matérielle ne supprime pas un lien psychologique. Ces deux donations ne sont donc en réalité que les deux prestations d'un seul acte. Cet acte sera-t-il un acte à titre onéreux? Pour le savoir, il suffit de rechercher si les prestations sont égales, dans ce cas elles s'annulent l'une l'autre. L'égalité est ici de rigueur, car l'intention libérale est exprimée par les parties, ce qui redonnerait valeur d'avantage à la différence qui existerait entre elles. Pour résoudre cette question, le Code vient à notre secours. L'article 1104, alinéa 2, range les contrats aléatoires parmi les actes à titre onéreux, parce que « une chance de perte ou de gain » pour chacune des parties crée une équivalence (2). L'équivalence se trouve dans le

(1) V. note de Bugnet, sous le n° 148 du *Traité des donations*, de Pothier.

(2) Il est vrai qu'on pourrait opposer au texte de l'art. 1104, l'art. 1964 dont la rédaction est équivoque et l'art. 1969, qui compte la rente viagère constituée à titre gratuit parmi les actes aléatoires. L'art. 1964 dit : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ». On pourrait tirer de cette rédaction un peu trouble qu'un contrat peut être aléatoire s'il comporte un risque, non pas consistant dans un avantage ou une perte, mais dans le mon-

risque (1). C'est donc bien la suppression de l'avantage qui rend l'acte à titre onéreux. Il faut noter, toutefois, comme nous venons de le dire, que l'égalité dans la chance de perte ou de gain, n'existe réellement que si les objets sur lesquels porte le risque sont égaux. Sans cela, l'une des parties peut gagner en n'ayant jamais couru que le risque de supporter une perte inférieure à son gain. Dans cette hypothèse, celle des parties, dont la donation est la plus forte, fera bien, quant à la différence des prestations, une libéralité à l'autre : l'intention libérale existe ainsi qu'un avantage réel, bien que conditionnel, pour l'une des parties (2).

Comment se fait-il que de nombreux auteurs puissent admettre le lien de causalité réciproque qui relie

tant d'une perte ou d'un avantage qui, lui-même, est certain. L'aléa consisterait dans l'arrivée d'un terme incertain qui déciderait du montant de l'opération. Ainsi, dans le cas de rente viagère constituée à titre gratuit, prévu par l'art. 1969, la perte est certaine pour le donateur, son montant seul est incertain : l'aléa serait dans cette incertitude. Mais, raisonner ainsi, serait solliciter le texte de l'art. 1964, quand celui-ci dit : le contrat aléatoire est une convention « réciproque », il n'entend pas parler de l'accord de volontés, ce que le seul mot de convention implique déjà, mais de la réciprocité des prestations, et par là il renvoie à l'art. 1104. C'est donc par pure inadvertance que le législateur de 1804 a rangé la constitution de rente viagère à titre gratuit parmi les contrats aléatoires. Donc, suivant les textes du Code, un contrat aléatoire est un acte à titre onéreux.

(1) Cette solution était déjà celle de Ricard, *Traité du don mutuel*, n° 5.

(2) On peut également envisager le cas où le risque n'est pas égal, exemple: une donation mutuelle aléatoire, à condition de survie, dont l'un des donateurs est un vieillard. Dans ce cas, Ricard déclare qu'il y a présomption de donation. *Op. cit.*, n° 13.

deux donations égales, tout en en maintenant le caractère gratuit? Cela tient à ce que ces auteurs voient, dans l'intention libérale, l'élément essentiel suivant lequel on distingue un acte gratuit d'un acte onéreux. Pothier (1) s'exprime à ce sujet avec sa précision coutumière. Pourquoi, se demande cet auteur, un pari est un acte onéreux et une donation mutuelle aléatoire faite entre époux un acte gratuit, bien que le résultat matériel soit le même ? La réponse est la suivante :

« C'est l'affection réciproque des parties (ici des époux) qui les a portés à faire ce don mutuel; il renferme donc, suivant l'intention qu'ont eue les parties, des donations que chacune d'elles a eu l'intention de faire à l'autre. Quoiqu'elles soient mutuelles, quoique chacune des parties reçoive de l'autre autant qu'elle lui donne, elles ne sont pas moins de véritables libéralités, *ad quas se mutis affectionibus provocaverunt*, puisqu'elles ont pour principe la bienfaisance, qui fait le caractère des donations. » Demolombe (2) dit avec véhémence ce que Pothier dit avec calme, avec d'autant plus de véhémence que ses scrupules sont plus forts : « Notre Code a vu, dans les donations mutuelles, de véritables donations. Et très justement! Car la mutualité des donations n'est certes point exclusive de l'esprit de libéralité! Ce qu'elle atteste, au contraire, c'est un esprit de mutuelle bienfaisance et d'amitié réciproque, et c'est en dénaturer le caractère, c'est la méconnaître et la ravaler que de la vouloir faire descendre au rang des contrats qui ne sont

(1) Pothier, t. VII, n° 130, p. 496.
(2) Demolombe, t. XX, n° 587.

inspirés que par une pensée de spéculation! ». M. Trasbot, se référant à la thèse de Valloir, intérime l'idée comme si elle ne pouvait plus donner lieu discussion : « ...il ne s'agit donc pas, pour déterminer la nature du contrat, de faire une recherche objective, mais de préciser l'intention des parties, seul critère entre l'acte à titre gratuit et l'acte à titre onéreux » (1). On ne peut être plus net. Si l'on se place uniquement sur le terrain psychologique, Pothier et Demolombe ont raison. Il est évident (du moins dans l'immense majorité des cas) que si deux époux se font un don mutuel aléatoire au profit du survivant, ils ne spéculent pas réciproquement sur leur mort. Ce qu'ils veulent, c'est assurer au survivant, quel qu'il soit, une certaine aisance. Cette aisance, chacune des parties la veut pour l'autre dans le cas où la condition à laquelle est soumise l'opération se prononcerait en sa faveur, l'idée de gain est exclue. Mais ceci montre seulement qu'il y a des actes à titre onéreux qui ne sont point guidés par l'intérêt, nous en avons cité d'autres exemples, ainsi celui d'un père vendant une ferme à son fils pour lui permettre de se « caser ». La nécessité de l'existence de l'avantage, existence qui doit pouvoir se vérifier objectivement, nous conduit à cela. Peut-on s'en étonner? Nous avons déjà dit que la notion juridique de la gratuité peut ne pas correspondre exactement à la notion psychologique ou morale qu'on en peut avoir. Le droit exige, pour qu'un acte puisse recevoir cette qualification, la présence d'un avantage que l'on peut vérifier suivant un critère objectif. L'article 1105, alinéa 2, l'af-

(1) *Revue critique*, 1928. Commentaire de l'arrêt de la Ch. des Req. du 24 janv. 1928, D. 29. 1. 157.

firme d'une façon très nette en déclarant que deux risques égaux (1) s'annulent et ne peuvent, de toute manière, donner lieu à un profit. Dans ce cas, le législateur semble bien, par le choix d'un critère simple et précis, vouloir éviter des recherches trop subtiles et trop incertaines. Peut-on dire qu'il aboutit ainsi à une véritable mutilation de la notion de « gratuité » ? Ce reproche serait injuste : la précision et la clarté de la notion juridique importent plus, nous semble-t-il, qu'une souplesse trop grande qui en rendrait le contrôle incertain, si ce n'est souvent impossible. Et pourtant, ce contrôle s'impose. En établissant les qualifications juridiques, le droit a entendu leur donner une valeur objective et non s'en remettre sur ce point à la volonté toute puissante des parties. La qualification de l'acte ne touche pas seulement les parties, dans le cas de la donation, le législateur a établi, en faveur de l'opération, un régime anormal fort dangereux pour les tiers : révocation rétroactive par suite du rapport, réduction, révocation pour survenance d'enfant, etc... Il n'aurait, certes, pas

(1) Ce fait que, dans le contrat aléatoire, l'équivalence des prestations subsiste, est exprimé d'une façon assez paradoxale par Laurent, qui considère le contrat aléatoire comme une variété du contrat commutatif. «... le contrat aléatoire est un contrat à titre onéreux; on peut lui appliquer la définition que l'art. 1104 donne du contrat commutatif dont il est l'espèce; quand l'équivalent consiste dans une chance de gain ou de perte, le contrat commutatif prend le nom de contrat aléatoire. » Laurent, t. XXVII, n° 256.

La jurisprudence n'a-t-elle pas fait le même raisonnement? Il n'est pas rare de voir des arrêts qualifier de contrat commutatif, des contrats franchement aléatoires. Voir Req. 28 avr. 1886, S. 89. 1. 331.

Req. 24 janv. 1928, D. 29. 1. 157.

Lyon, 26 mars 1891, S. 92. 2. 289.

agi ainsi s'il ne s'était réservé le droit d'en vérifier la réalité suivant un critère objectif. L'acte n'intéresse pas seulement les individus qui le font, mais la société. Un respect trop absolu de la psychologie et des intentions, léserait la société au profit de l'individu. Que d'anciens auteurs, comme Pothier et Demolombe, n'aient pas mesuré ces conséquences, cela se comprend quand on sait qu'ils ont élevé le principe de l'Autonomie de la Volonté au rang d'un dogme saint. Mais on étonnerait fort nombre d'auteurs modernes en leur disant que dans notre matière l'appât de la psychologie et leur méfiance innée pour toute construction dogmatique les a ramenés à ce culte.

# DEUXIEME PARTIE

## LES CONTRATS DE BIENFAISANCE

### CHAPITRE I

#### DÉFINITION DE LA GRATUITÉ DES CONTRATS DE BIENFAISANCE

SOMMAIRE. — I. Les contrats de bienfaisance prévus par le Code. — II. Quel est l'élément de ces contrats qui rend l'acte à titre gratuit? — III. Conséquence du fait que la gratuité de l'acte est de sa nature et non de son essence. — IV. Par quel critère peut-on distinguer les contrats de bienfaisance des libéralités ? Le critère économique. Le critère juridique. — V. Le Code ne donne que des applications du contrat de bienfaisance type, qu'il n'a pas prévu. — VI. Intérêt à dire que la définition donnée est celle de la gratuité des contrats de bienfaisance et non celle de ces actes considérés dans leur ensemble. — VII. Il peut exister des actes dont la classification dans les libéralités ou, au contraire, dans les contrats de bienfaisance présente peu d'intérêt pratique. — VIII. Impossibilité de ramener les contrats de bienfaisance à des donations d'un genre particulier. — X. Distinction du contrat de bienfaisance et du legs.

I. — Le Code reconnaît trois grandes catégories d'actes à titre gratuit : les donations, les legs, les contrats de bienfaisance. Comment peut-on les distinguer? Quel trait caractérise chacune d'entre elles? La réponse peut être facilement donnée. La distinction entre les donations et les legs se trouve dans le fait suivant : dans un de ces actes, la donation, le droit transmis au bénéficiaire, ou créé à son profit,

existe alors que le bienfaiteur est encore vivant (dans l'immense majorité des cas, non seulement le droit existe, mais il produit effet du vivant du donateur; dans les donations de biens à venir, dont le seul type est l'institution contractuelle, le droit existe dès la conclusion de l'opération, mais il ne se réalisera qu'à la mort du donateur). Dans le legs, au contraire, le droit ne prend naissance qu'à la mort du testateur.

Il n'en est pas de même quand il s'agit de la donation et des contrats de bienfaisance. La distinction entre les deux opérations se trouve dans des différences affectant la notion même de la « gratuité ». L'un de ces actes se sépare de l'autre par le fait que dans l'un la gratuité confère un certain droit à son bénéficiaire, tandis que dans l'autre il lui confère une autre sorte de droit. Nous essaierons de justifier ce critère dans ce chapitre.

On a vu, dans l'introduction de cette étude, que l'article 1105 du Code civil, en employant l'expression de contrat de bienfaisance, ne visait point la donation mais certains contrats à titre gratuit, dont il allait parler dans les chapitres du Livre III. Ces contrats sont :

Le prêt à usage ou commodat;
Le prêt de consommation ou mutuum;
Le mandat;
Le dépôt proprement dit;
Le dépôt séquestre;
Le cautionnement.

Parmi ces opérations, une seule est toujours gratuite : le prêt à usage, la gratuité est de son essence (article 1876). L'article 1917 déclare bien que le dépôt proprement dit est essentiellement gratuit, mais l'ar-

ticle 1928 décide qu'il peut être rémunéré. Le dépôt est donc gratuit de sa nature et non de son essence. Il en est de même des autres contrats de bienfaisance, du dépôt séquestre (article 1957), du mandat (article 1986), du prêt de consommation (1). Pour ce dernier, il n'y a pas de texte en énonçant la gratuité, mais cela ressort suffisamment de la distinction faite par le Code entre ce contrat et le prêt à intérêt. On devra donner également la même nature au cautionnement. Le Code ne parle point de la qualification du cautionnement, mais, dans son silence, une tradition non interrompue l'a toujours, avec juste raison, classé parmi les contrats de bienfaisance (2). Mais pour prévenir toute confusion, il nous faut préciser de quel cautionnement il s'agit. Il ne s'agit pas de celui où la caution abandonne ses drois de poursuite vis-à-vis du débiteur cautionné, car cette renonciation équivaut à une donation de la somme par laquelle il l'a cautionné. Le cautionnement est un contrat de bienfaisance quand la caution poursuivant le remboursement de la somme qu'elle a versée pour le débiteur cautionné et des frais qu'elle a subis, n'exige pas cependant un salaire pour le service qu'elle a rendu. Il est important de faire la distinction entre ces deux formes de cautionnement

II. — Mais d'où provient la gratuité de ces actes. Où l'aperçoit-on chez eux ?

(1) Guillouard, *Contrat de Prêt*, n° 73. « Le prêt de consommation est de sa nature, non de son essence, à titre gratuit. »

(2) Sur la gratuité du cautionnement v. Aubry et Rau, t. VI, n° 424, p. 218 : « Le cautionnement est un contrat de bienfaisance par sa nature, mais non de son essence. »

Idem Troplong, *Du cautionnement et des Transactions*, t. VIII, n° 341. Duranton, t. XVIII, n°s 351, 352. Laurent, t. XXVIII, n° 122. Paul Pont, *Petits Contrats*, t. II, n°s 15 et 16.

Dans beaucoup de cas peu de difficultés : dans le dépôt, la gratuité provient de la non-rémunération du service rendu par le dépositaire en gardant l'objet; dans le prêt sans intérêts de l'absence de rémunération réclamée à l'emprunteur pour la jouissance de l'objet. Dans d'autres cas, le problème paraît plus compliqué. En effet, certains parmi les actes que nous venons de nommer semblent conserver les faveurs que leur a conférées la « gratuité » alors même qu'ils comportent une certaine rémunération. N'est-ce pas le cas du cautionnement et du mandat ? Le mandataire doit être remboursé de ses avances au mandant et recevoir les intérêts de celles-ci (article 2001). La caution, si elle a payé, doit être remboursée par le débiteur-cautionné, elle a droit à l'intérêt de ses avances, à l'indemnisation de tous les frais que l'opération lui a causés (article 2008) et pourtant, dans un cas comme dans l'autre, l'opération reste à titre gratuit. Le paiement des intérêts transforme, au contraire, le prêt à titre gratuit en un acte onéreux. Comment justifier ces différences ? Comment expliquer ces anomalies ?

A cet effet, il convient de dégager, par une analyse attentive, la place de la gratuité dans les actes. Dans le prêt, la gratuité porte sur un transfert de possession, un droit de jouissance. Si on rembourse les intérêts, c'est-à-dire la jouissance elle-même, la gratuité disparaît. Dans le mandat, la gratuité porte sur le service rendu par le mandataire en acceptant cette fonction et non sur les avances qu'il peut faire. S'il en fait elles ont lieu sans aucune intention libérale, elles seront remboursées avec les intérêts : c'est un prêt onéreux. Par contre, le service est rendu gratuitement, il n'est point payé, une rémunération rendrait le man-

dat à titre onéreux. La même argumentation vaut pour le cautionnement, mais dans cette dernière opération il est nécessaire de nuancer les explications et de les compléter. Dans le cautionnement, la gratuité porte sur le crédit donné au débiteur cautionné. Qu'est-ce que le crédit ? C'est le droit conféré au créancier du débiteur cautionné par la caution de poursuivre le recouvrement de la somme qui lui est due, si elle n'est pas payée à l'échéance, sur son propre patrimoine. Telles sont les limites exactes du bienfait accordé par la caution au débiteur, elles ne vont pas plus loin. Si, à l'échéance de la dette, la caution est obligée de payer, elle peut réclamer au débiteur non seulement ce qu'elle a payé, car elle ne lui fait pas une donation, mais encore les intérêts de la somme payée car elle ne lui fait pas non plus un prêt à titre gratuit qui s'ajouterait à la dation de crédit. On le voit, dans le cautionnement, le service gratuit consiste uniquement dans cette dation de crédit. Troplong (1) a très bien mis cela en évidence : « Si le cautionnement, dit-il, produit pour le débiteur les avantages d'un prêt, il ne peut cependant lui être assimilé. La caution, outre l'argent qu'elle donne, engage sa personne et par cette obligation, qui s'ajoute à la principale et la rend moins fragile, elle rend un service qui peut avoir son prix en sus de l'intérêt légal. ». Jusqu'ici nous avons justifié la gratuité du mandat et du cautionnement par un raisonnement identique. Il convient cependant de faire une différence entre les deux opérations. Dans le mandat, on peut facilement séparer le service rendu de l'avance des

(1) Troplong, *Du Prêt*. t. XIV, n° 391.

fonds qui n'en sont qu'une conséquence accidentelle. Le mandat ne comporte pas normalement d'avances de fonds de la part du mandataire. Si cela se rencontre, il y a deux actes, un mandat, un prêt. Or, cette séparation, cette disjonction des actes est impossible dans le cautionnement. Le crédit de la somme et son avance sont trop intimement unis. Peut-on comprendre l'un sans l'autre ? L'un implique forcément l'autre. De sorte que, même si la gratuité se limite en réalité au crédit, elle s'étend cependant à tout l'acte. La somme avancée sera elle-même teintée de gratuité de par la gratuité du crédit donné par elle. On pourrait dire que la gratuité du cautionnement rend à titre gratuit même un prêt à titre onéreux contenu en lui, si l'indivisibilité de l'acte ne nous interdisait jusqu'à cette image. En réalité, le cautionnement, quand il se réalise, aboutit à une espèce de prêt au débiteur cautionné, mais ce qui rend gratuit ce prêt, ce n'est pas la dation des intérêts, mais celle du crédit qui y est attaché. En résumé, on peut dire que dans le cautionnement, l'élément sur lequel porte la gratuité (dation de crédit) explique que les intérêts de la somme avancée soient remboursés, mais que, cependant, l'indivisibilité de l'acte rend tout l'acte à titre gratuit.

III. — Ces explications étaient nécessaires pour montrer où il faut chercher la « gratuité » de l'acte dans les contrats de bienfaisance, pour faire voir quelle place elle occupe dans ceux-ci. Mais une fois celle-ci dégagée, il est évident qu'une rémunération qui y correspond la fait disparaître. L'acte deviendra alors à titre onéreux et perdra son nom de contrat de bienfaisance.

Cependant un fait très curieux est à noter : c'est que, malgré cette transformation, l'acte reste soumis aux règles inscrites dans le Code au sujet du contrat de bienfaisance. Ceci s'explique par le fait que la « gratuité » de ces actes est de leur nature et non de leur essence, ils peuvent recevoir le sceau du titre onéreux sans que leurs caractères fondamentaux se transforment. Une seule exception est à citer, elle concerne le commodat ou prêt à usage; ici nous l'avons vu la gratuité est de l'essence de l'acte, une rémunération transformerait ce prêt en location. Mais cela n'a lieu pour aucun des autres actes que nous avons cités : un dépôt salarié, un mandat salarié ne deviennent pas des locations de services. Pour le mandat, ceci ressort de l'article 1986 qui déclare : « Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire ». Pour le dépôt ceci est prouvé par le rapprochement de l'article 1917 qui déclare cet acte gratuit et de l'article 1928 qui admet qu'il peut être rémunéré (1). De plus le Code consacre un chapitre entier au prêt à intérêt.

(1) Paul Pont conteste cette manière de voir. « Il y a, déclare-t-il, contrariété entre l'art. 1917 qui déclare le dépôt essentiellement gratuit, et l'art. 1928 qui permet qu'il soit rémunéré. » Pour lui, il n'y a qu'une façon de concilier ces articles. Voici son raisonnement : Il faut déjà écarter une première explication. Certains auteurs décident que l'art. 1928 n'a pas pour objet de définir le dépôt, mais uniquement de dire que la règle qui oblige le dépositaire à donner à la garde des choses déposées le même soin qu'aux siennes propres, doit être appliquée avec plus de rigueur si le dépositaire a reçu un salaire. Cette explication est des plus critiquables, car elle fait « trop bon marché » du texte de l'article « et particulièrement des expressions dépôt, dépositaire, qui y sont employés. » La véritable explication est la suivante : Le dépôt reste gratuit si un salaire minime est donné, si celui-ci ne

**Un des résultats les plus curieux de cette stabilité de l'essence de l'acte est que certains effets, cer-**

peut pas être considéré comme un dédommagement exact de la peine du dépositaire. Il n'y a pas alors contradiction entre l'art. 1917 et l'art. 1928 parce qu'une toute petite rémunération ne détruit pas la gratuité de l'acte. Mais si, au contraire, la rémunération est proportionnée à la peine du dépositaire, le dépôt devient un contrat commutatif, un louage (*Petits Contrats*, t. I, nos 371, 432). M. Pont donne à son explication une valeur générale, en admettent que dans tous les contrats de bienfaisance une rémunération minime n'en altère point la gratuité. On peut opposer à cette façon de voir les objections suivantes : Premièrement, Paul Pont fait, lui aussi, « bon marché » du texte de l'art. 1928, car celui-ci parle de « salaire » sans envisager l'importance de ce dernier. En second lieu, à propos de l'art. 1986, « le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire », notre auteur admet qu'un salaire ne modifie pas la nature du contrat (t. I, n° 881). Suivant sa théorie pourtant, cela devrait avoir lieu : le mandat devrait devenir un louage. Il y a contre cela, dit-il, une raison de texte, or, quand il s'agit du dépôt, les art. 1917, 1928 disent en deux fois ce que l'art. 1986 dit en une seule. Pourquoi alors ne pas accorder aux textes concernant le dépôt une force qu'on accorde à ceux concernant le mandat ?

Il y a enfin un argument d'un ordre rationnel qui empêche de se ranger aux raisons de Paul Pont. Une rémunération, si minime soit-elle, rend un acte onéreux. La raison en est que l'équivalence des prestations s'apprécie subjectivement, ce sont les parties elles-mêmes qui la fixent. Il y a un cas cependant où cette équivalence devrait s'apprécier objectivement, c'est celui où les parties auraient décidé de faire un acte gratuit. Leur volonté est alors de créer dans leurs rapports une « inégalité » ; seule une équivalence réelle, appréciée suivant un critérium objectif, effacera la réalité et la force de cette volonté, une petite rémunération ne peut avoir cet effet destructeur (v. ch. I, n° 3). Mais on ne saurait assimiler ce cas à celui des contrats de bienfaisance ; ici ce ne sont pas les parties qui qualifient l'acte, mais la loi, elle décide que si les parties font l'acte dans telles conditions données, celui-ci est gratuit. Dès que les parties enfreignent ces conditions requises par la stipulation d'un salaire, même minime,

tains caractères de celui-ci, qui s'expliquaient par la gratuité de l'acte subsistent, bien que celui soit de-

la qualification imposée par la loi ne saurait se maintenir : l'acte devient onéreux. Un dépôt salarié, si petit soit le salaire, est donc un acte onéreux. Or, le texte de l'art. 1928 admet qu'un dépôt salarié reste un dépôt et ne se transforme pas en louage. L'explication de ceci, comme nous le disions ci-dessus au texte, est purement historique.

Guillouard (*Traité du mandat*, n^os^ 14, 23, 226; v. aussi Paul Pont, *op. cit.*, n^os^ 881, 882) croit pouvoir expliquer par les seuls principes du droit, la non transformation d'un mandat salarié en un louage de service, mais ses raisons bien subtiles et bien confuses ne donnent pas confiance. Le salaire promis ne serait pas un salaire, mais une sorte de récompense, « d'indemnité » pour le mandataire. Cela proviendrait du caractère unilatéral du contrat qui ne donne lieu « immédiatement et nécessairement, qu'à une seule obligation », celle du mandataire. Ceci se vérifierait par le fait que le mandant peut renoncer au mandat même s'il est salarié. L'explication est-elle juste? Guillouard explique la non transformation de la nature juridique du mandat en louage par un caractère spécial qu'il donne au salaire et ce caractère spécial du salaire par la non transformation de la nature juridique de l'opération qu'il nous dépeint. Il y a là un cercle vicieux. Au fond, il est bien difficile de dire que le mandat salarié reste un contrat unilatéral parce qu'il est bien évident que la volonté des parties est de faire naître l'obligation du mandant au salaire dès la conclusion de l'acte (Laurent, t. 28, n° 107. Josserand, *Traité de droit civil positif français*, t. II, n° 1402). Aussi, le dernier argument auquel Guillouard a recours est le suivant : « Puis, dit-il, et c'est là... surtout le motif qui nous détermine, le mandat n'est pas l'équivalent du service rendu... le mandataire, même salarié, rend toujours un service que le salaire ne rémunère que d'une façon incomplète... ». Mais ceci consiste à fixer arbitrairement au salaire un caractère qu'il n'est nullement obligé d'avoir. On en revient à la théorie de la petite rémunération, qui ne peut rendre l'acte onéreux, théorie que nous avons réfutée plus haut. La véritable explication de la non transformation de la nature juridique du mandat quand il est à titre onéreux, répétons-le, est, comme nous le verrons au texte, d'ordre historique.

venu onéreux. Essayons d'en donner des exemples :

Le droit de révocation du mandant en fournirait un premier, mais nous l'écarterons parce qu'il peut y avoir un certain doute à son sujet. On pourrait penser que le salaire du mandataire intéresse les deux parties à l'opération et que le droit de révocation du mandant devrait disparaître, qu'il y a là une nette dérogation au principe énoncé par l'article 1780 à propos du louage du service. Mais cette dérogation — qui n'apparaît pas du reste dans l'opération comme une règle étrange, car rationnellement il n'y a pas incompatibilité entre le droit de révocation du mandant et le salaire du mandataire (1) — s'explique-t-elle par la gratuité primitive de l'opération ? Ou bien n'apparaît-elle pas comme une conséquence du rôle de représentant que joue le mandataire (le représentant ne peut, en effet, jouer ce rôle que s'il est constamment d'accord avec le représenté, en cas de désaccord, le représenté peut le révoquer) ? Bien que nous penchions pour la première explication (voir plus loin le n° IX du chapitre II), une réponse précise à cette question paraît délicate à donner. C'est pourquoi nous préférons illustrer notre démonstration par une exemple plus frappant, celui du droit de renonciation du mandataire (article 2007). On comprend peu, en effet, qu'un individu qui rend des services payés puisse, son engagement pris, s'en délier sans raison apparente. Ceci est contraire à tous les principes du droit commun, nous dirons même du droit tout court. Comment expliquer ce pouvoir étrange donné au mandataire si ce n'est par la gratuité primitive de l'acte (voir à ce sujet le chapitre II, n° IX). Un individu qui offre ses services

(1) Josserand, *op. cit.*, n° 279.

gratuitement, par pure générosité, peut, dans la suite, se rétracter, cette rétractation ne nous choque pas. Cependant l'article 2007 continue à s'appliquer même si le mandat est salarié. Comment expliquer cela ? Quelle justification donner de cette étrange survivance d'une règle qui s'explique par la « gratuité », dans un acte à titre onéreux, de cette « intrusion », pour reprendre une expression de M. Josserand, « d'un titre dans un autre » ? (1).

L'explication qui nous semble la plus exacte, c'est de voir ici une illustration de cette loi de sociologie juridique suivant laquelle la forme d'un acte continue à en influencer le fond. M. Ray (2), en étudiant les donations déguisées, remarque avec perspicacité que « notre droit ne s'est pas dégagé aussi complètement qu'on pourrait le croire du formalisme. Dès qu'une activité quelconque est arrivée à se mouler dans une forme juridique admise, dit-il, elle lui emprunte sa force » (3). Il en dégage, par une formule très heureuse, cette loi que « toute forme juridique, consacrée par la loi ou par l'usage, a une force propre en principe, et quelle que soit la réalité qu'elle recouvre, elle doit produire effet ».

Il ne faudrait pas, cependant, croire que l'un des contrats dont nous nous occupons suive le même régime quand il perd sa qualification de « contrat

(1) *Op. cit.*, ch. III, section I, § 2 et 3.

(2) Ray, thèse, p. 26 et 27.

(3) On pourrait encore citer comme exemple de l'influence de la gratuité primitive de l'acte sur ce même acte devenu onéreux, le droit que se sont donné les tribunaux de pouvoir contester le chiffre de la rémunération du mandataire et de le réduire s'ils le trouvent excessif, v. Colin et Capitant, II, 4e édit., p. 706. Josserand, *op. cit.*, t. II, n° 1402.

de bienfaisance » et devient à titre onéreux, ou bien quand il a cette qualification et reste à titre gratuit. Il y a un très grand intérêt à distinguer le contrat dans l'un et l'autre cas. Cet intérêt provient de ce qu'en l'absence de texte on devra appliquer au contrat onéreux le droit commun, c'est-à-dire les règles qui régissent les actes onéreux et que pour le contrat gratuit, il y aura lieu, au contraire, de faire des distinctions comme nous l'expliquerons au chapitre suivant.

IV. — Nous avons vu où se trouvait l'élément qui donnait leur gratuité aux contrats de bienfaisance. Cherchons maintenant ce qui différencie ces contrats des libéralités entre vifs. En quoi une donation et un contrat de bienfaisance se distinguent-ils ?

1° La réponse la plus ordinairement donnée est celle qu'ont excellemment formulée MM. Colin et Capitant (1) : « Quand il y a libéralité, disent-ils, une des parties inspirée par l'idée de bienfaisance, diminue son patrimoine au profit d'une autre. Les contrats désintéressés (nous dirons les contrats de bienfaisance) sont ceux où l'un des contractants mû par le désir de rendre service à un autre ne s'appauvrit pas à son profit, mais ne reçoit rien en échange de la prestation qu'il fournit ». Dans le cas de donation, il y a donc diminution du patrimoine du bienfaiteur, en cas de contrat de bienfaisance, celui-ci reste intact.

La distinction est donc de nature économique. Cependant ce critère économique qui, à première vue, paraît clair et net, va se révéler, à l'analyse, insuffisant. Examinons-le avec attention, essayons d'en vérifier la valeur par des exemples.

(1) Colin et Capitant manuel, t. II, p. 260. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, p. 16.

Prenons le mandat. La formule proposée paraît se justifier. Le mandataire, en rendant gratuitement des services qui, en temps normal, devraient être rémunérés ne s'appauvrit pas, il éprouve un manque à gagner. Si on regarde son patrimoine tel qu'il existait immédiatement avant l'opération et qu'on le considere ensuite, après l'extinction de celle-ci, on s'aperçoit qu'il n'a pas été entamé, qu'il n'a pas diminué. Le critère économique semble exact.

Poursuivons notre examen à propos d'un autre contrat de bienfaisance : le prêt gratuit (supposons qu'il s'agisse d'un commodat). Peut-on parler d'appauvrissement du prêteur ? Nous voyons son patrimoine garder la même consistance avant et après l'opération; après un voyage dans celui de l'emprunteur la fraction de patrimoine prêtée revient entre les mains de son auteur dans l'état où elle en était sortie. A première vue cette hypothèse ne se distingue pas de la précédente. Il y a pourtant une légère différence entre les deux qu'un raisonnement plus délicat va faire apercevoir. Dans le mandat, comme il s'agit d'un service qui se réalise au jour le jour, il n'y a pas déplacement d'une valeur économique existant préalablement dans le patrimoine du mandataire. Dans le prêt, cela a lieu : le prêteur diminue son patrimoine d'une valeur qui existait déjà au moment de l'opération, car si la jouissance se réalise au jour le jour, la jouissance à venir est déjà capitalisée (si on ose employer ce mot) dans l'objet et sa perspective contribue à en déterminer la valeur actuelle en pleine propriété.

Mais nous pouvons laisser de côté cette remarque un peu subtile, il existe une raison plus importante

qui permet de rejeter définitivement la définition économique du contrat de bienfaisance et, avec elle, le critère économique qui prétend la distinguer de la donation. Cette raison est que cette définition peut s'appliquer également à des opérations que l'on a toujours considérées comme des donations. Ainsi, tout le monde a toujours admis que constituer gratuitement un usufruit en faveur de quelqu'un est une donation. L'expression donation d'usufruit est courante. Or, si on regarde le patrimoine du donateur avant l'opération et après sa réalisation, on s'aperçoit qu'il n'a pas changé. Nous sommes dans une situation absolument semblable à celle créée par un commodat. Suivant la définition donnée plus haut, nous devrions, nonobstant une tradition ininterrompue et même certaines indications du Code (ainsi l'article 917 soumet l'usufruit gratuit à la réduction), classer cette opération parmi les contrats de bienfaisance.

Au fond, le critère économique nous amène à ceci : Si l'on veut définir le contrat de bienfaisance par un acte qui, économiquement parlant, ne diminue pas le patrimoine du bienfaiteur tel qu'il existe au jour de l'opération et la donation par un acte qui le diminue, on s'aperçoit que la définition de cette dernière opération ne peut s'appliquer qu'à un seul acte. Il n'existe qu'un seul acte qui puisse diminuer le patrimoine d'éléments qui existaient déjà dans celui-ci; cet acte est un transfert de propriété.

2° Avec cette remarque, nous nous aiguillons vers un critère nouveau de la distinction des libéralités et des contrats de bienfaisance. Celui-ci, beaucoup plus clair que le précédent, établirait la ligne de démarcation entre ces deux sortes d'actes suivant les droits qui

sont transférés gratuitement dans l'un et dans l'autre. Ce critère serait donc de nature juridique. Il consisterait à dire : « Les donations transfèrent gratuitement un droit de propriété, dans les contrats de bienfaisance la gratuité porte sur les autres droits patrimoniaux ». Cette formule a été celle accueillie jadis par Demolombe (1) Il distingue les donations entre vifs et les legs des contrats de bienfaisance « qui n'engendrent pas de mutation de propriété ». Dans un autre passage (2) de son grand traité, il distingue entre les termes acquérir, acheter, aliéner, vendre, employés à propos des actes à titre onéreux et remarque que l'un de ceux-ci désigne le genre (ainsi le terme acquérir) et l'autre l'espèce (ainsi le terme acheter) et il en conclut qu'il y aurait lieu d'établir pour le titre gratuit la même distinction entre le terme disposer, caractéristique du genre tout entier, et celui de donner, transmettre la propriété, caractéristique de la donation. Troplong (3) adopte le même point de vue. On ne saurait cependant les approuver tout à fait. Si le principe du critère paraît exact, le contenu qu'on lui donne l'est moins. Pour quelle raison devons-nous ici opposer le droit de propriété aux autres droits ? Notre science juridique ne reconnaît point cette classification. Elle ne distingue pas le droit de propriété des autres droits, mais les droits réels des droits de créance. Pourquoi ne pas baser le critérium sur cette distinction ? M. Planiol (4) l'a fait hardiment. « L'appauvris-

(1) Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, t. I, n° 48.

(2) *Traité des successions*, p. 8.

(3) Troplong, *Donations et testaments*, t. I, n° 5.

(4) Planiol, *Manuel*, t. III, p. 598, édition de 1918. Idem Demogue, *op. cit.*, t. II, p. 894, note 2.

sement créé par la donation, dit-il, consiste dans le transfert d'un droit réel. Il n'est pas nécessaire que le droit transmis au donataire soit la propriété de la chose. ». Ce critérium a le grand avantage d'être d'accord avec la classification ordinaire des droits, de nous expliquer pourquoi les transferts à titre gratuit d'usufruit ou de servitude ont toujours été considérés comme des donations. Ajoutons qu'il reçoit un supplément de justification du fait de l'article 917 du Code qui soumet l'usufruit à la réduction et surtout du fait que le projet de l'article 894 qui définit actuellement la donation portait : « le donateur se dépouille de la propriété de la chose donnée » et que le mot « propriété » en fut par la suite supprimé. Nous adopterons donc ce critère. Ce qui distingue le contrat de bienfaisance de la donation, c'est le droit sur lequel porte la gratuité. La donation transfère gratuitement au bénéficiaire de l'acte un droit réel. La propriété, la servitude, l'usage, le droit d'habitation, les droits conférés par l'emphytéose, l'hypothèque, le droit d'auteur, peuvent donc être l'objet d'une donation. Le contrat de bienfaisance crée au contraire une simple créance de faire à titre gratuit au profit du bénéficiaire de l'acte.

3° Il existe cependant un rapport entre l'idée de perte et celle de donation, entre l'idée de manque à gagner et celle des contrats de bienfaisance. Il est intéressant d'essayer de le dégager; le critère adopté va le mettre en relief. On peut traduire ce critère d'une façon presque parfaite par l'idée de perte et de manque à gagner, à la seule condition de redonner à ces expressions, non pas un sens économique, mais un sens juridique.

Quand il y a donation le donateur perd un droit qui existait déjà dans son patrimoine ou d'une façon individualisée (droit de propriété) ou d'une façon virtuelle. Dans ce dernier cas, il est inclus dans un droit plus étendu, le droit de propriété, et par là, ne présente aucune utilité pour son possesseur; ainsi le droit d'usufruit, le droit d'usage, le droit d'habitation sont inclus dans le droit de propriété; ils en forment des éléments (des démembrements suivant le langage technique) qui juridiquement peuvent être séparés du droit total où ils se fondent. Séparés, transportés dans un autre patrimoine, ils ont assez de force et de puissance pour vivre par eux-mêmes. Ces valeurs juridiques sont des droits réels. La jouissance simple, au contraire, telle celle du locataire (et non pas certaines jouissances bien déterminées telles que l'usufruit, l'emphythéose, qui sont des droits) est un élément économique du droit de propriété et non un élément juridique. Quand un propriétaire fait un prêt gratuit, il ne transfère pas la jouissance, valeur juridique, il s'engage à faire jouir le bénéficiaire de la chose, à lui procurer une certaine forme de son activité. La seule force juridique de la jouissance procurée vient de l'engagement du prêteur et non d'une force propre qui résiderait en elle. Le prêteur crée bien un droit au profit du bénéficiaire, mais c'est par un abus de mots qu'on dit qu'il lui transfère un droit de jouissance. Au contraire, dans l'usufruit, l'usage, le droit manifeste sa force individuelle vis-à-vis les tiers par les actions possessoires que le bénéficiaire peut exercer seul sans avoir recours au propriétaire.

Quand le contenu de l'obligation est de faire, il y a

création de droit et quand il est de donner, il y a transfert de droit. C'est pourquoi, quand il y a donation, il y a toujours perte d'une valeur juridique. Comme le dit l'article 893 «le donateur se dépouille ». Dans le contrat de bienfaisance, le bienfaiteur ne perd pas une valeur juridique mais, ne recevant pas une contre-prestation le payant de son activité, il refuse d'en gagner une, il éprouve un manque à gagner.

Cependant, pour être exact, il faut faire remarquer que l'assimilation entre l'idée de perte et celle de donation n'est pas tout à fait parfaite. Les éléments juridiques qui constituent le patrimoine, ne sont pas uniquement les droits réels. Il peut exister aussi dans celui-ci des créances de faire déjà nées, celles-ci peuvent être l'objet d'un acte gratuit. Supposons que le créancier d'un contrat de bienfaisance transmette lui-même gratuitement cette créance (avec l'acceptation du bienfaiteur, article 1690) à une tierce personne, il fait avec celle-ci un contrat de bienfaisance en lui transmettant un droit qui existait déjà dans son patrimoine, il perd un droit, juridiquement il se dépouille. Si rare soit cette hypothèse, on doit en tenir compte. Elle nous fait voir que l'idée de perte et de manque à gagner, même si on donne à ces expressions un sens juridique, ne fournit pas un critère exact de la distinction des donations et des contrats de bienfaisance.

V. — La gratuité des contrats de bienfaisance porte donc sur *une obligation de faire*. Une personne s'oblige gratuitement à faire quelque chose au profit d'une autre. Or cela qu'est-ce, sinon rendre *un service ?* Le contrat de bienfaisance est un service gratuit rendu par le bienfaiteur au bénéficiaire. Tous ceux que nous avons cités, mandat, dépôt, prêt, etc.,

ont bien ce caractère. On peut, à l'intérieur du service rendu, établir plusieurs catégories : déjà au point de vue de sa spécialité ou de sa non spécialité.

Dans un contrat, le mandat, la gratuité porte sur un service entendu au sens le plus large du mot, c'est-à-dire que, dans ce contrat, le service peut présenter les aspects les plus divers. Dans les autres, au contraire (prêt, cautionnement, dépôt), la gratuité porte sur un service nettement délimité, celui de conférer la jouissance d'une chose à quelqu'un (prêt), celui de la faire jouir de son crédit (cautionnement), celui de garder une chose que l'on vous confie (dépôt).

Une autre distinction déjà annoncée et dont les conséquences seront très importantes peut aussi être faite entre ces contrats. On peut distinguer les contrats où la gratuité ne porte que sur des services purement personnels, que ceux-ci soient spécialisés ou non, et les contrats où le service gratuit comporte un certain transfert de patrimoine. Le prêt et le cautionnement sont représentatifs de ce deuxième type. Dans le prêt, il y a un transfert provisoire du patrimoine; avec le cautionnement, ce transfert a lieu aussi dans une certaine mesure, car la caution donne au créancier du débiteur cautionné, un droit sur tout son patrimoine, qui peut éventuellement se réaliser jusqu'à concurrence de la somme cautionnée. Ce qui réunit également ces deux opérations, c'est le caractère de garantie en faveur d'un tiers qu'ils présentent tous deux. Le cautionnement aura toujours ce caractère, le prêt ne l'a pas juridiquement, mais en réalité, cette opération se présentera ordinairement (surtout quand il s'agira d'un prêt d'argent) comme étant destinée à faciliter

l'accomplissement des obligations d'un débiteur vis-à-vis de son créancier.

Mais, d'après la définition large qu'on vient de donner, on s'aperçoit que la liste du Code ne doit pas être considérée comme clôturant celle des contrats de bienfaisance. On peut ajouter à celle-ci la gestion d'affaires, bien que cette opération ne soit pas un contrat. Le gérant d'affaire (1) rend des services, mais à la différence des autres actes, il ne se contente pas de les rendre, il les impose au bénéficiaire.

Mais nous ne poursuivrons pas la recherche d'autres exemples (2), celle-ci nous paraît inutile dès que s'aperçoit que « le *contrat de bienfaisance type* », celui dont tous les autres ne sont que l'application, n'est même pas cité dans le Code. Nous entendons par là le contrat *par lequel une personne s'oblige gratuitement à rendre des services à une autre.* Ce contrat n'est pas, en effet, prévu par le Code. Dans tous les actes cités, le service est déterminé, il présente un aspect singularisé. Un seul peut comporter des services généraux : le mandat; mais il faut remarquer

(1) Sur la gratuité de la gestion d'affaires, v. IIIe Partie, n° 7.

(2) L'occasion se présente ici de dire quelques mots du cautionnement réel. Dans cette opération, peut-on dire que si la caution est remboursée et reçoit, en outre de la somme qu'elle a cautionnée (en admettant le cautionnement réalisé), les intérêts de cette somme, elle accomplit encore un acte à titre gratuit? Autrement dit, dans un cautionnement réel, le remboursement des intérêts peut-il avoir lieu comme dans le cautionnement ordinaire, sans faire dégénérer l'acte en un acte à titre onéreux? Une réponse affirmative, pensons-nous, s'impose. Le cautionnement réel présente le même aspect que le cautionnement ordinaire, comme dans ce dernier, la gratuité porte sur le crédit donné par la caution.

que l'essence de cette opération, son caractère dominant suivant le Code (article 1984) n'est pas dans le fait que le mandataire rend des services au mandant, mais dans le fait qu'il le représente, qu'il fait naître directement sur sa tête des droits qu'il acquiert en son nom. Il est vrai qu'on peut nier la nécessité de ce caractère dans le mandat (1). Il existe, en effet, des mandats non représentatifs : en droit commercial le contrat de commission et, en droit civil, la convention de prête-nom. On ne saurait cependant assimiler le contrat par lequel une personne s'engage à rendre tout espèce de service à titre gratuit à un mandat. Psychologiquement, le mandat se présente avec des traits bien spéciaux, le mandant charge quelqu'un

Mais si l'acte est à titre gratuit, est-il une donation ou un contrat de bienfaisance? Ce qui fait poser cette question, c'est que le crédit dans cette opération consiste dans le transfert d'un privilège que l'on classe parmi les droits réels : la caution garantit le paiement de la dette du débiteur par une hypothèque constituée sur son patrimoine en faveur du créancier. Or transférer gratuitement un droit réel c'est faire une donation, avons-nous dit. Le problème est difficile, nous n'en considérerons qu'un aspect, nous chercherons la qualification de l'acte dans les rapports de la caution et du débiteur. On peut, croyons-nous, considérer, dans ce cas, l'acte comme constituant une donation. Certes, nul droit réel n'est transféré gratuitement au débiteur, mais il faut bien se rendre compte de la nature du service rendu par le cautionnement. Ce qui est offert au débiteur, c'est du crédit, or la force du crédit donné dépend essentiellement du droit transmis au créancier, la nature juridique du crédit doit être nécessairement établie par la nature juridique du droit transmis au créancier. C'est pour cette raison que nous classerons plus volontiers le cautionnement réel parmi les libéralités que parmi les contrats de bienfaisance.

(1) Maury, *op. cit.*, t. I, p. 182 et s. Planiol, t. II, n° 2231. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, p. 683. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 704.

d'agir à son profit, il lui donne un ordre que le mandataire accepte. Ce caractère de mission est bien mis en relief par le fait que le mandataire doit rendre compte (article 1993). Le mandant n'accepte pas les services du mandataire, il lui donne des pouvoirs d'agir à son profit (article 1998). Cette différence est, du reste, bien marquée quand il s'agit du mandat salarié et du louage de services; en dehors des différences de régime, les auteurs n'hésitent pas à reconnaître une différence de nature psychologique entre les deux opérations. Celle-ci doit nécessairement se retrouver quand il s'agit des deux mêmes actes faits à titre gratuit. Il est vrai que les auteurs hésitent beaucoup plus quand il s'agit de distinguer le mandat du louage d'ouvrage. Certains auteurs comme MM. Colin et Capitant (2), qui ne différencient le louage de services du mandat que par une liberté plus grande laissée au mandataire dans l'exécution des services, en arrivent à supprimer toute différence entre le mandat et le louage d'ouvrage. Il se peut que des considérations de la pratique amènent à faire cette confusion : la jurisprudence appelle mandataire un architecte, un médecin, mais ici nous ne faisons que de la théorie. Or, ce qui nous semble différencier tout mandat de tout louage d'ouvrage ou de services, c'est que dans la première opération, le mandataire agit *au nom du mandant*, ce qui n'a pas lieu dans la seconde. Le résultat définitif de la première opération sera que le mandant a fait lui-même l'opération. Si le mandat est représentatif, ce résultat est immédiat. S'il ne l'est pas (contrat de commission, convention de prête-nom), ce

(2) Colin et Capitant, t. II, p. 707.

résultat sera atteint au prix de deux opérations. Dans un louage d'ouvrage, au contraire, une personne se met simplement au service d'une autre : dira-t-on que le directeur de théâtre agit au nom de son public, que l'architecte, le médecin, agissent au nom de leur client, et qu'en définitive, ce sont ces derniers qui font l'opération? Evidemment non. Cette différence se retrouve entre les deux opérations si elles sont l'une et l'autre faites à titre gratuit. Du reste, une partie de la jurisprudence et de la doctrine reconnaissent bien cela dans un cas précis, celui du transport gratuit. Si ce transport est fait à titre onéreux, il y a louage de services (article 1779 du Code civil) s'il est fait à titre gratuit, certains auteurs et de nombreux arrêts reconnaissent en lui, non un mandat, mais un contrat inommé. Ce contrat inommé n'est autre que le contrat de bienfaisance type dont nous parlons (1). Le Code ne cite donc pas, parmi les contrats de bienfaisance, l'acte simple par lequel une personne s'engage à servir gratuitement une autre (2). Le Code ne cite pas, parmi les actes gratuits, le pendant du louage d'ouvrage et d'industrie auquel il consacre tout un chapitre (Livre III, titre VIII, chapitre III) parmi les actes onéreux. Or, qu'est-ce

(1) M. Josserand, *Transports*, n° 103, reconnaît qu'un transport gratuit ne peut être analysé en un *mandat*, « force est donc, conclut-il, de reconnaître l'existence d'un contrat inommé, régi par les principes généraux des obligations ». Idem n° 799. Dans le même sens Savatier, note D. 25. 2. 41, Grenoble, 15 nov. 1921. *Gaz. Pal.* 1921. 1. 449. Demogue, *Rev. Trim.* 1922, p. 632.

(2) Il faut bien remarquer qu'il ne s'agit pas d'une location de service où il y aurait remise de prix, l'acte serait alors une donation, mais d'un acte dans la conclusion duquel une partie s'engage à servir gratuitement l'autre.

qu'un louage d'industrie dans lequel le bailleur ne réclame point de salaire ? Ce ne peut être une donation de services, l'explication n'a aucune valeur juridique puisque le louage ne fait naître qu'une créance de faire contre le bailleur et ne transfère pas un droit réel au bénéficiaire (sur ce sujet, voir le n° XI de ce chapitre). Cet acte représente *le contrat de bienfaisance type, original,* le patron sur lequel sont construits tous les autres. Le Code a oublié de le nommer. On peut dire, sans doute, pour son excuse, que l'immense majorité des Codes étrangers a commis aussi cet oubli. Il convient cependant de faire une exception pour le Code Chilien qui, dans son article 1396 dit « Les services personnels gratuits ne constituent pas une donation, même quand ils sont de ceux qui sont ordinairement payés .». On peut regretter cette absence de mention dans notre Code d'un acte d'une nature essentielle, primordiale (1), à propos duquel il aurait pu, sans doute, nous donner quelques directives générales touchant la gratuité de l'ensemble des contrats de bienfaisance.

VI. — Dans un contrat de bienfaisance « la gratuité » avons-nous dit, porte sur une créance de faire (celle de rendre un service). Ceci montre que la définition donnée ne prétend pas caractériser tout le contrat. S'il en avait été ainsi, on n'aurait pas manqué d'objecter que cette définition est inexacte. Dans le prêt de consommation il y a, en effet, transfert de la propriété des choses prêtées; un des traits caractéristique du mandat ordinaire n'est pas tant dans les services rendus par le mandataire que dans le fait

(1) Au point de vue théorique évidemment. Dans la pratique il ne semble pas que la jurisprudence ait beaucoupp souffert de cette lacune.

de la représentation, dans ce fait que le mandataire fait naître directement sur la tête du mandant les droits qu'il acquiert en son nom. Mais les caractères de ces deux opérations n'infirment pas notre définition. Prenons le mandat. Le mandataire peut, certes, faire naître un droit de propriété sur la tête du mandant, mais la gratuité de l'opération n'influe en rien sur cette naissance. La gratuité du mandant se cantonne dans la fonction que remplit le mandataire, elle n'a aucune influence sur l'effet représentatif de l'acte.

Si nous examinons le prêt de consommation, nous voyons bien que le contrat transfère la propriété de la chose (article 1893), mais nous nous apercevons aussitôt que ce transfert n'a pas lieu à titre gratuit, sans cela il n'y aurait pas un prêt, mais une donation. Le prêteur transfère à l'emprunteur la propriété d'un certain nombre de choses qui se consomment par l'usage, mais à charge par ce dernier, de lui en rendre une quantité égale de même espèce et qualité (article 1892). Le transfert de la propriété n'a donc pas lieu à titre gratuit, sans cela, comme nous venons de le dire, il n'y aurait pas un prêt, mais une donation. Il n'est qu'un procédé, absolument nécessaire, du reste, pour arriver au transfert gratuit d'un autre élément économique du patrimoine : la jouissance.

Ces distinctions n'impliquent nullement le désir de séparer illégalement l'acte en deux parties, de rassembler tout ce qui concerne la gratuité dans le contrat pour en faire un acte séparé qui formerait seul le vrai contrat de bienfaisance ? On devrait rejeter de suite une telle façon de raisonner. Nous verrons du reste, que cette division est impossible parce que contraire aux textes du Code et à l'intention des par-

ties qui n'émettent qu'un seul acte de volonté (voir IIIe Partie, section II, n° XIII).

VII. — Il est impossible de nier que, d'après le critérium de la distinction entre les contrats de bienfaisance et la donation, il peut se trouver des actes qui rentrent dans l'une ou l'autre catégorie, bien qu'au point de vue du fond il n'y ait point de différence appréciable entre eux. Prenons une donation qui porte sur un droit d'usage ou d'habitation et un commodat important. Le premier acte comporte une durée assez longue puisqu'il est viager, mais rien n'empêche le commodat de se conclure pour une période de longue durée. Il restera bien cette différence entre ces deux actes que l'un confère à son possesseur un droit réel et l'autre un droit de créance, mais, en pratique, cette différence peut se réduire à une différence de mots. S'il s'agit, en effet, d'un droit d'habitation ou du droit d'usage s'appliquant à un immeuble, l'usager en jouira par lui-même ,il poura exercer seul les actions possessoires, il aura le droit de préférence et le droit de suite; mais supposons qu'il s'agisse d'un droit d'usage qui porte sur un meuble, selon certains auteurs cela est possible (1), les différences diminuent au point de n'être plus visibles.

Ces remarques ne doivent point cependant nous amener à rejeter le critérium choisi. Dans toute classification, si bons soient les fondements sur lesquels elle s'appuie, il se trouve toujours des cas limites, des actes pour lesquels le classement dans l'une ou l'autre catégorie paraît sans grand intérêt pratique, et, on peut le dire, un peu artificiel. Ceci se comprend

(1) Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, n° 785.

d'autant plus qu'une classification comme celle des droits réels et des droits de créance a — contrairement à celle des actes onéreux et gratuits qui est la traduction dans le droit d'un fait sociologique — principalement une valeur intellectuelle. Tout en s'appuyant sur des indices dont on ne saurait nier la valeur, son rôle, en opérant une grande scission entre les actes juridiques est de systématiser, de rassembler, de résumer, d'établir pour l'intelligence du juriste de grands cadres dans lesquels il peut grouper la masse des actes et formuler les grandes règles qui lui permettent de saisir et de dominer la complexité de la réalité juridique. Que de telles classifications puissent comporter, sur certains points, un certain arbitraire, c'est une chose que l'on ne saurait nier, mais qui ne détruit pas cependant et leur valeur et leur nécessité. MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (1) ne peuvent cependant se résoudre à admettre cela. « Il ne suffit pas de dire que le commodat porte sur « la jouissance temporaire d'un objet, tandis que la donation porte « sur la propriété ou, du moins, sur l'usufruit ou « l'usage (citation de Guillouard, *Traité du prêt*, « n° 26) ». Nous ne saisissons pas, disent-ils, la différence qu'il peut y avoir entre la jouissance temporaire et l'usage ». Ils proposent de résoudre le problème en décidant qu'un commodat important se transforme en donation. Pour ces auteurs, la valeur économique de l'acte pourrait influencer sa nature juridique, mais nous verrons plus loin (chapitre II, n° VI) qu'il faut rejeter cette solution parce que contraire à tous les principes du droit.

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXIII, n° 606, *in fine*.

VIII. — Certains auteurs ont cru résoudre la difficulté que présente la définition des contrats de bienfaisance en les ramenant à des donations. Il est assez courant de lire qu'un mandat est une donation de service et le cautionnement une donation de crédit. Paul Pont (1) nous donne dans son ouvrage sur les « Petits Contrats », un résumé fort clair de cette façon de voir.

« On peut même dire du prêt à usage, comme on peut le dire de tous les autres contrats de bienfaisance, si les éléments en sont analysés avec soin, qu'il est au fond une donation d'une nature particulière. En effet, tandis que la donation proprement dite est l'abandon gratuit du droit le plus complet que l'on puisse avoir sur la chose, le droit de propriété, le prêt est l'abandon de l'un de ses éléments, l'usage.

« On peut donc le qualifier une donation d'usage, comme on pourrait qualifier donation de services le mandat ou le dépôt qui n'est lui-même qu'un mandat d'un genre particulier, comme on pourrait qualifier le cautionnement donation de crédit. »

Mais nous allons voir que ce raisonnement est fort critiquable. Paul Pont analyse la donation « l'abandon gratuit du droit de propriété », il en fait une opération précise dont le domaine est limité, puis il redonne ensuite à ce mot un autre sens infiniment plus large. Il redonne ce nom au geste physique et à l'acte intellectuel par lequel on abandonne quelque chose à quelqu'un, sans rien demander en échange, en séparant ce geste, cet acte, de la qualification juridique qu'il recevra. Il y aura donc toujours donation

(2) Paul Pont, *op. cit.*, t. I, n° 20.

quelque variée puisse être la marque donnée à l'acte par le droit. Cependant, en agissant ainsi, Paul Pont ne semble pas vouloir redonner au mot donation le sens vague que lui prête la conversation courante. Il semble plutôt être influencé par une conception philosophique de cet acte. Il lui semble qu'à examiner les choses avec soin, tout acte gratuit est toujours, sans que rien ne soit demandé en échange, l'abandon définitif de quelque chose à quelqu'un (démembrement de la propriété, services). Et c'est alors qu'obscurément, mais cependant d'une façon perceptible dans son texte; cette idée d'abandon définitif de quelque chose à quelqu'un le ramène à l'idée d'abandon de la propriété, de sorte que s'il analyse en une donation d'usage, le prêt gratuit, c'est que peut-être inconsciemment, mais très certainement, il l'analyse en un transfert gratuit de la propriété de l'usage.

Certes, on peut penser qu'en allant au fond des choses on peut trouver que l'essence de tout droit est un droit de propriété. Quand on transmet un droit même d'essence précaire, on ne peut livrer, semble-t-il, que la propriété de ce droit, pour cette raison que l'on ne peut jamais avoir que la possession complète d'un droit. Si le droit est incomplet par lui-même, on ne possède pas moins, tout le monde est d'accord, la propriété d'un droit incomplet : dans ces limites, on peut en jouir comme on veut et à l'exception de tout autre. Si donc tous les droits peuvent, en définitive, se ramener à un droit de propriété, il est juste de dire que les contrats de bienfaisance peuvent se ramener à une donation car tous réunissent les deux éléments caractéristiques de cette opération; l'intention libérale et l'avantage consistant en un transfert de droit réel.

Mais cette manière de voir est cependant des plus critiquables :

1° Même si l'on admet que la théorie de M. Pont en réduisant les actes à titre gratuit à des donations, nous donne un aperçu sur l'essence de la gratuité en dégageant un des aspects fondamentaux de la notion de droit, il nous est impossible de ne pas remarquer, d'un autre côté, qu'elle nous interdit de voir la variété des traits que présente cette gratuité dans les différents actes où elle se réalise, ce qui, pourtant, nous intéresse d'une façon essentielle.

2° En second lieu, cette vision sur les arcanes du droit ne saurait être admise. Le droit que crée un prêt à usage, porte sur un élément de la propriété, l'usage. Si on ramène l'opération à une donation d'usage on la ramène en réalité comme nous l'avons déjà dit dans un transfert de la propriété de l'usage. La formule de M. Pont revient à cela. Mais si on admet le principe, on doit trouver alors celle-ci incomplète. Ce qui caractérise le droit, en effet, c'est bien l'usage, c'est-à-dire le fait que l'on ne peut pas aliéner la chose transmise, qu'on doit la conserver en état, qu'on doit la rendre, qu'on n'a le pouvoir que d'en jouir, etc., et non le fait qu'on le possède, qu'on peut l'exercer, qui ne le distingue nullement des autres droits. On ne peut quand même aller jusqu'à retirer la notion de droit de cette manière de se comporter vis-à-vis la chose, pour la reporter sur le fait qu'on la possède, le droit forcément doit s'étendre à celle-ci. Or, si on veut concilier ces deux choses, comment le faire, sinon en disant qu'on a la propriété *d'un droit* d'usage. Mais alors, le vice initial qui amène à cet

étrange résultat apparaît d'une façon éclatante. On fait les conditions mêmes de l'existence d'un droit un droit, on sépare celles-ci du droit qu'elles réalisent pour en faire un droit distinct portant sur celui-ci!

On distingue entre le droit et sa vie !

Il est évidemment plus logique et plus simple de considérer celle-ci comme forcément inclusé dans celui-là et de dire tout simplement un prêt à usage crée un droit d'usage.

IX. — Une dernière question se pose qui peut être réglée rapidement. Comment distingue-t-on les contrats de bienfaisance des legs, des libéralités à cause de mort ? La réponse est assez simple : ce qui distingue ces deux actes, ce n'est pas une différence dans la nature juridique de l'avantage transféré au bénéficiaire ou créé à son profit, mais une différence dans la façon dont cet avantage est créé ou transmis. En cas de legs, celui-ci n'aura d'existence juridique qu'après la mort du bienfaiteur.

Ceci demande quelques mots d'explication : il est bien certain que dans l'immense majorité des cas, le legs transmet un droit réel au légataire. Le testateur ne peut, évidemment mettre son activité au service du bénéficiaire. Cependant, le testateur peut faire par legs une opération équivalente à un contrat de bienfaisance, en léguant une créance de faire à titre gratuit qu'il possède sur autrui (1). Une pareille transmission constitue un contrat de bienfaisance (2). Il est cependant nécessaire, pour bien comprendre

(1) L'opération ne nous paraît pas impossible bien qu'elle présente des difficultés.

(2) Ce n'est pas, en effet, un droit réel, mais une obligation de faire qui sera transmise.

ce cas, d'éviter une confusion. L'article 1879 du Code civil déclare que, dans le cas de commodat, les héritiers de l'emprunteur ont droit à la jouissance de la chose, à moins que le prêt n'ait été fait strictement en considération de l'emprunteur. Mais, dans ce cas, la créance qu'obtiennent les héritiers ne provient pas d'un legs à eux fait par le testateur, elle naît directement dans leur patrimoine.

On le voit, bien que transférant dans l'immense majorité des cas des droits réels, les legs peuvent aussi transmettre des créances de faire à titre gratuit. Ce qui distingue donc essentiellement le contrat de bienfaisance de la donation et du legs, ce n'est pas la nature du droit transmis, mais la façon dont il est transmis.

## CHAPITRE II

### INFLUENCE DE LA GRATUITÉ SUR LE RÉGIME DES CONTRATS DE BIENFAISANCE.

SECTION I. — *Les différents régimes de l'acte à titre gratuit.* — I. Il n'y a pas un régime de l'acte à titre gratuit. — II. Le simple fait de la gratuité est insuffisant pour déterminer le régime d'un acte à titre gratuit. — III. Rappel bref du régime des donations et des legs.

SECTION II. — *Le Régime des contrats de bienfaisance au point de vue de la gratuité.* — IV. Principes directeurs permettant de trouver l'influence de la gratuité sur le régime des contrats de bienfaisance. — V. Consentement, vices du consentement, responsabilité. — VI Capacité. — VII. Action Paulienne. — VIII. Rapport. — IX. Réduction. — X. Fragilité du lien obligatoire dans les contrats de bienfaisance. — XI. Conclusion.

### *Section* 1. — *Les différents régimes de l'acte à Titre gratuit.*

I. — Les trois grandes catégories d'actes à titre gratuit :

les donations,

les testaments,

les contrats de bienfaisance,

qui forment ensemble les libéralités, sont soumises chacune à un régime différent. Cependant, si le Code nous renseigne abondamment sur les deux premières, il ne dit rien, ou pour ainsi dire rien de la répercussion de la gratuité sur le régime des contrats de bienfaisance, ou, pour employer une expression sans doute incorrecte, mais qui fera bien comprendre notre pensée, du régime gratuit des contrats de bienfaisance. La doctrine d'un autre côté semble s'être peu préoccupée de l'établir d'une façon systématique. La chose mérite peut-être d'être tentée.

L'idée de la diversité des régimes des actes à titre gratuit est fort importante. C'est l'une de celles sur laquelle nous voudrions insister. Il n'y a pas un régime d'actes à titre gratuit comme on a trop tendance à le penser. Ce régime fantôme que l'on évoque souvent, apparaît au milieu d'un brouillard où on le distingue mal du régime des libéralités. Cela ne peut nous étonner si l'on remarque la confusion de la terminologie qui existe dans notre matière : les expressions donations, contrats de bienfaisance, libéralités, acte gratuit, semblent être considérées comme des synonymes; on les rencontre perpétuellement employées les unes pour les autres. Or, il n'y a rien de plus faux. Le simple fait de reconnaître le caractère gratuit dans un acte, n'implique nullement qu'on doive lui appliquer le régime des donations. Pour que cela puisse avoir lieu, il faut, en outre, que l'acte présente avec la donation des analogies plus profondes, constitutives pourrait-on dire. Lorsqu'on reconnaît la gratuité d'un acte, il faut voir dans quelle catégorie d'actes à titre gratuit on peut le ranger, il suivra alors le régime qui régit cette catégorie.

II. — Le simple fait de la gratuité dans un acte n'est pas suffisant à lui seul pour en déterminer le régime.

Premièrement, on pourra trouver quelques actes juridiques dont la gratuité n'a aucune influence (ou extrêmement peu d'influence) sur le régime. On pourrait dire qu'elle ne déteint pas sur celui-ci. Ces actes sont cependant à titre gratuit. Citons, par exemple : l'adoption, les offres de concours. Le caractère extrapatrimonial du premier et le régime précis que lui donne le législateur, l'influence du droit public sur le

second, expliquent l'absence ou le peu de répercussion qu'a sur eux la qualification qu'on leur donne.

Certes, une grave objection peut être faite : pourquoi dira-t-on, reconnaître à ces actes le caractère gratuit si leur régime ne s'en ressent aucunement ? La nature d'un acte doit être conditionnée par son but et le meilleur révélateur du but c'est le régime. L'objection ainsi posée présente une certaine force, mais elle n'est pas irréfutable. Un aspect de l'acte n'explique pas tout l'acte. Ce dernier a plusieurs aspects, plusieurs caractères : il peut être gratuit ou onéreux, mais aussi mobilier ou immobilier, de droit personnel ou de droit réel, etc., et l'un de ces caractères, l'une de ces natures peut avoir sur le régime de l'opération une influence prépondérante au dépens des autres. Ainsi prenons les offres de concours : sur celles-ci s'exerce l'influence du droit public et du droit privé; or, l'influence du droit public semble ici prépondérante et c'est elle qui empêche les effets qui découleraient ordinairement de la gratuité de l'acte de se produire, ceux-ci, en effet, iraient à l'encontre du rôle principal que doit jouer l'opération. Un acte peut donc être gratuit sans que son régime s'en ressente. Séparer les actes gratuits d'un régime déterminé montre bien, du reste, l'origine et la nature de la qualification. On voit bien alors que celle-ci n'est pas un procédé qui est sujet à toutes les variations, à toutes les fluctuations de la technique. Le caractère gratuit ou onéreux d'un acte est le décalque dans le droit, d'une réalité sociologique. C'est, pourrait-on dire, une définition de dictionnaire des Sciences Economiques et Sociales, que le droit accorde à ses fins et légalise. Attacher la gratuité d'un acte à un régime

fixe amène fatalement, en effet, à méconnaître la nature de la qualification. Gêné par le manque de souplesse de cette façon de voir, on est conduit nécessairement, pour justifier toute variation de règles, à changer la qualification de l'acte. On fait alors de celle-ci, non la reconnaissance d'une réalité, mais un procédé qui, par lui-même, est sans valeur, qui, dans certains cas, certes, peut être inspiré par de justes motifs, mais qui peut aussi excuser bien des licences. Aussi nous est-il impossible d'approuver M. Croizat (1) qui résume, en termes excellents du reste, une idée qui commence à se répandre : « Il existe dans notre droit d'autres actes, déclare notre auteur qui vient de parler des avantages matrimoniaux, qui impliquent l'existence d'un avantage pécuniaire équivalant à l'appauvrissement de leur auteur et que l'on hésite à classer parmi les actes à titre gratuit. Exemple : constitution de dot, contrat de souscription publique, offres de concours, fondations de messes. Ne pourrait-on pas se demander si, pour assurer la stabilité de ces actes qui sont affectés à des intérêts d'ordre supérieur, l'intérêt du mariage, intérêt de la famille et même intérêt d'ordre spirituel, la jurisprudence étendant la solution admise pour les avantages matrimoniaux, ne tendra pas à créer entre l'acte gratuit et l'acte onéreux, des actes intermédiaires échappant aux règles qui risquent de mettre en péril les actes que l'on a coutume de faire entrer dans les cadres trop rigides de la classification traditionelle. ». Nous n'avons pas à admettre ce raisonnement, parce qu'en liant d'une façon

(1) Croizat, *Rev. crit.* 1928, « La Notion d'avantage matrimonial », v. conclusion.

indissoluble l'acte gratuit à un régime déterminé, il méconnaît gravement la nature foncière de la qualification.

Nous avons vu la gratuité de l'acte ne pas déteindre sur son régime. Nous allons voir, en second lieu, qu'elle n'influence pas toujours celui-ci de la même manière. Elle peut, en effet, présenter plusieurs aspects qui expliquent les différents régimes qu'elle imprimera à l'acte. En premier lieu, on doit tenir compte de sa qualité, c'est-à-dire, traduction juridique, du droit qu'elle confère. Dans la donation, elle confère au bénéficiaire le droit le plus complet, un droit réel. La générosité apparaît sous son angle le plus élevé. Ceci explique des règles comme celle de la pension alimentaire. Dans d'autres actes, les contrats de bienfaisance par exemple, la question de la gratuité est moins relevée, elle crée un droit moins complet, droit à un service. Le but de la loi est de limiter ses effets à ce service et de prendre garde à ce que le bienfaiteur n'ait pas à souffrir de sa générosité sur son patrimoine (voir les articles 2000, 2001, 2007, pour le mandat, l'article 1947 pour le dépôt, les articles 1880, 1890 pour le prêt). On protège le bienfaiteur, on ne sanctionne pas juridiquement la reconnaissance du bénéficiaire. On doit tenir compte aussi de la place, de l'étendue, de la gratuité. Dans quelle partie de l'acte se place-t-elle ? Dans la donation elle touche l'ensemble de l'acte, elle s'étend jusqu'à ses limites. Dans d'autres elle n'en touche qu'une partie, pour le reste, l'acte présente une structure onéreuse (contrats de bienfaisance, donations avec charge). Enfin, il faut reconnaître qu'il y a une gratuité vue avec faveur et une autre vue avec défaveur. Il y a certains actes gra-

tuits que l'on encourage, on en aperçoit l'utilité (la capacité pour faire un testament est minime); d'autres que l'on décourage parce qu'on en aperçoit les dangers, dangers pour l'auteur lui-même ou les tiers (capacité pour faire une donation) ou danger pour le bénéficiaire lui-même (appréciation sévère de la faute du gérant dans la gestion d'affaire).

La conclusion de ceci est que l'important n'est pas de savoir si un acte est gratuit, mais de savoir s'il est soumis à un régime d'acte à titre gratuit et, s'il est soumis à l'un de ceux-ci, de savoir quel est ce régime. D'où l'on peut conclure à l'inutilité d'une recherche trop minutieuse des actes à titre gratuit dans le vaste domaine des opérations juridiques. Ainsi, quel intérêt y a-t-il à analyser une succession *ab-intestat* en un contrat gratuit (en admettant que cela soit juste) comme le fait M. Fildermann?, (1). Le régime de cette institution est trop bien fixé pour que sa gratuité puisse y ajouter quelque chose de nouveau. Cette recherche n'est utile que si la gratuité influe sur le régime de l'acte et nous venons de dire que cela n'a pas toujours lieu.

III. — Parmi les régimes d'actes à titre gratuit, nous n'étudierons ni celui des donations, ni celui des legs qui sont bien connus. Bornons-nous à rappeler que la

(1) W. Fildermann, *Nature juridique de la transmission par décès*, thèse Paris 1909. Cette analyse ingénieuse n'est, du reste, pas exacte. Notre auteur voit dans la succession *ab-intestat* un accord de volonté créant un contrat à titre gratuit. La volonté des héritiers s'exprime par l'acceptation de la succession, celle du *de cujus* s'exprime dans le fait qu'il s'en remet à la loi, il veut ce que la loi veut. Mais il n'y a rien de plus contestable et correspondant moins à la réalité que cette fiction de la volonté tacite (v. III[e] Partie, n° 2).

donation est le plus parfait des actes à titre gratuit et qu'il y a de très grands intérêts à savoir si un acte est à titre onéreux ou constitue une donation. Ces intérêts sont ceux que l'on cite ordinairement à tort comme se rapportant à la distinction de l'acte gratuit et onéreux. Ils se présentent : au point de vue des formes de l'acte, de la capacité de donner ou de recevoir, des vices du consentement, des conditions illicites (art. 900), de la fragilité particulière de l'acte (rapport, réduction, action Paulienne, révocation, déchéance en cas de divorce, etc..., etc...).

Rappelons aussi que les libéralités, à cause de mort, ont un régime qui les rapproche assez de celui des donations, mais qu'il y a cependant de nettes différences avec ce dernier. Ainsi, la capacité pour faire des dispositions testamentaires est minime. Le législateur a montré, dans cette matière, le maximum de tolérance. La femme mariée qui ne peut aliéner ni à titre gratuit, ni à titre onéreux sans l'autorisation de son mari (article 217), peut tester librement (art. 226). Le mineur, à partir de seize ans, peut tester (art. 904). L'individu pourvu d'un Conseil judiciaire peut tester (article 513, par *a contrario*), tous deux pourtant ne peuvent faire de libéralités entre vifs et la plupart des actes à titre onéreux leur sont interdits.

Ce qui fixera principalement notre attention dans la suite de ce chapitre, sera l'étude de l'influence de la gratuité sur les Contrats de Bienfaisance; dans une deuxième section, nous allons nous efforcer de tracer les grandes lignes du régime de la gratuité auquel ils sont soumis.

*Section II. — Le Régime des Contrats de bienfaisance au point de vue de la gratuité.*

IV. — La gratuité des contrats de bienfaisance se fait-elle profondément sentir dans le régime de ces actes? L'influence-t-elle réellement? C'est la question que nous allons essayer de résoudre dans cette seconde Section.

Si nous regardons le Code, l'influence de la gratuité semble assez restreinte : une atténuation dans l'appréciation de la faute (articles 1928-1992 du Code civil); quelques facilités laissées au prêteur pour reprendre l'objet en cas de nécessité (article 1889); le droit laissé au mandant et au mandataire de révoquer l'acte après sa conclusion (article 2007), peut être le caractère personnel que prend souvent l'opération, ce qui empêche l'obligation du bienfaiteur de passer à ses héritiers (article 2003 pour le mandant, article 1939 pour le dépôt), telles sont les principales marques que l'on peut en apercevoir.

Mais cette influence s'arrête-t-elle là? Faut-il déclarer que pour toutes les questions que ne prévoient pas les textes, il y a lieu d'appliquer le droit commun, c'est-à-dire le régime des actes à titre onéreux, comme le pensent les auteurs qui abordent cette question, c'est ce que nous allons chercher? M. Bufnoir (1) dans son livre « Propriété et Contrat », s'exprime de la façon suivante : « Y a-t-il intérêt à distinguer les contrats de bienfaisance des contrats à titre onéreux? Je crois qu'il serait difficile d'indiquer un intérêt s'appliquant à tous d'une manière générale. Si on porte son attention sur la donation seule, il y a des intérêts multiples, mais il n'en est pas de même si on veut comprendre dans un même groupe, tous les contrats de bienfai-

(1) Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 459.

sance. » Tout au plus peut-on dire « qu'au point de vue de la responsabilité, on trouve une certaine tendance à modérer l'appréciation de la faute quand il s'agit de contrat de bienfaisance (articles 1928-1992) ». Laurent (1) s'était cependant exprimé jadis d'une façon un peu différente : « Les contrats de bienfaisance, disait-il, ne sont pas régis par les principes des donations. Il existe toutefois, entre ces contrats et les contrats à titre onéreux, des différences qui justifient la classification des articles 1104 et 1105 ». Ces différences, il les apercevait dans l'appréciation de la responsabilité du débiteur et dans l'erreur sur la personne « qui est en général indifférente dans les contrats à titre onéreux, tandis qu'elle vicie le consentement dans les contrats à titre gratuit ».

On le voit, l'idée, si vague soit-elle, reste bien au fond que, sauf quelques rares exceptions, le régime des contrats de bienfaisance doit être le régime des actes à titre onéreux.

Et pourtant cette conclusion est inexacte. En l'absence de texte, on n'applique pas, d'une manière uniforme aux contrats de bienfaisance, le régime des actes onéreux. L'application de certaines règles des donations à ceux-ci est plus qu'une exception négligeable. Rien cependant n'est plus à approuver que la sage circonspection dont font preuve nos auteurs dans la résolution du problème. Si on doit appliquer certaines règles des donations aux contrats de bienfaisance, il n'y a pas une raison unique qui justifie cette application : dans chaque cas il nous faudra voir si la raison profonde qui explique une règle des donations se retrouve dans le contrat de bienfaisance que l'on examine.

(1) Laurent, t. XV, p. 497, n° 441.

Pour servir de directive à cet examen, on peut rappeler une distinction déjà faite. Celle-ci, tout en n'ayant nullement la valeur d'un principe, contribuera grandement à éclaircir notre sujet : il faut se rendre compte que dans certains contrats de bienfaisance, la gratuité porte sur un service purement personnel, tel est le cas du dépôt, du mandat, de la gestion d'affaires et que dans d'autres elle porte sur un service qui comporte lui-même un certain transfert de patrimoine comme cela a lieu dans le prêt de consommation, le prêt à usage, le cautionnement.

Les actes de la première catégorie n'offrent qu'une ressemblance assez lointaine avec la donation. D'une façon générale, en l'absence de textes, nous devons leur appliquer le régime de droit commun, c'est-à-dire celui des actes à titre onéreux.

Les actes de la deuxième catégorie offrent, au contraire, une ressemblance plus grande avec les libéralités entre vifs. Dans les deux opérations, la gratuité porte sur un transfert de patrimoine (que celui-ci soit provisoire comme dans le prêt ou même qu'il soit provisoire et éventuel comme dans le cautionnement, cela ne le supprime point). Cette ressemblance est accentuée par le fait que certaines donations, comme nous l'avons vu, n'opèrent, elles aussi, qu'un transfert provisoire de patrimoine (donation d'usufruit, de servitude). De plus, ces contrats de bienfaisance ont toujours été considérés en raison de la valeur de la privation qu'ils peuvent occasionner, des risques qu'ils font courir, actes dangereux à l'égal de la donation. Il n'y a donc nulle témérité à se demander si on ne doit pas appliquer à ces derniers certaines règles de celle-ci.

En d'autres termes, nous reprenons pour établir l'influence de la gratuité sur le régime des contrats de bienfaisance, le critère économique que nous avons rejeté quand il s'agissait de les distinguer juridiquement des donations. Ce critère, loin d'opérer la distinction qu'il se proposait laissait apparaître, au contraire de grandes ressemblances entre les donations et les contrats de bienfaisance de la deuxième catégorie. Le principe d'une assimilation de régime se justifie très bien. La gratuité peut, en effet, influencer l'acte de deux façons différentes : en premier lieu, le simple fait de la générosité peut influencer son régime; cela explique la grande rigueur avec laquelle on doit tenir compte des vices du consentement du bienfaiteur et l'extrême indulgence avec laquelle on doit apprécier sa responsabilité; en second lieu, la gratuité peut amener une diminution économique du patrimoine du bienfaiteur ou le mettre dans une situation qui tend vers cette diminution (le bienfaiteur est séparé définitivement ou momentanément de son patrimoine). La gratuité, alors, aura de nouvelles conséquences sur le régime de l'acte. Le danger que l'auteur de l'acte peut courir, pourra exiger qu'on réclame de lui une capacité spéciale. Le transfert de ce patrimoine dans un autre, pourra faire apparaître les questions de l'action Paulienne, du rapport, de la réduction.

V. — *Consentement, vices du consentement, responsabilité.*

§ I. — Un acte juridique ne peut avoir lieu s'il n'y a *consentement* de la partie qui s'oblige (article 1108). Il faut une émission de volonté et un défaut de raison détruit cette volonté : c'est pourquoi l'engagement du

fou n'est pas valable. Cette règle s'applique aux actes gratuits comme aux actes onéreux. Cependant, dans un cas spécial, quand il s'agit de faire la preuve de la folie, suivant la doctrine la plus répandue (1), ces deux actes sont traités d'une façon différente. L'article 504 du Code civil ne permet pas d'attaquer les actes d'un individu pour cause de démence après sa mort quand son interdiction n'a pas été provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte lui-même. Mais si l'acte est une donation ou un testament, l'article 901 permet de l'attaquer alors même que l'interdiction n'a pas lieu et que la démence ne résulte pas de l'acte. Comment peut-on justifier cette différence de traitement? La raison en est bien claire. Quand il s'agit de donation, l'auteur de l'acte appauvrit irrémédiablement son patrimoine, quand il s'agit d'un acte onéreux une valeur économique a remplacé dans son patrimoine celle qu'il a perdue : cette contre-prestation matérielle semble, en quelque manière, suppléer à son manque de volonté. Le législateur a donc prévu une règle spéciale pour les actes à titre gratuit qui s'explique non seulement par la générosité du bienfaiteur dont on a abusé, mais essentiellement par la perte matérielle qu'il a subie. Sans celle-ci, la règle ne se comprend plus, dans tous les actes gratuits où celle-ci se retrouvera, l'art. 901 devra s'appliquer. Ces cas peuvent dépasser celui de la donation ou du legs, la jurisprudence en a fourni un exemple cu-

(1) V. dans Aubenque (*Les donations entre vifs comparées avec les contrats à titre onéreux*,, thèse Montpellier 1903), une autre explication de l'art. 901. Celui-ci devrait être rattaché à l'art. 504 et s'appliquer même aux actes onéreux.

rieux sur lequel nous reviendrons (1). Des héritiers prétendaient faire annuler, pour cause de démence, une adoption faite par le *de cujus* et demandaient, pour faire cette preuve, à profiter des facilités offertes par l'article 901. L'adoption peut être, en effet, considérée comme un acte à titre gratuit *sui generis,* où notamment se rencontrent les caractères de la donation et du contrat de bienfaisance; il est en outre évident qu'elle crée un appauvrissement du patrimoine de l'adoptant. La demande des héritiers était justifiée. La Cour de Cassation la rejeta en déclarant, bien à tort, à notre avis (2), que l'adoption était un acte à titre onéreux. L'application de l'article 901 nous semble aussi pouvoir être faite dans le cas du prêt gratuit et du cautionnement, authentiques contrats de bienfaisance; ces actes créent une sorte d'appauvrissement du patrimoine de l'auteur de l'acte, ce qui est en outre marqué par le fait que les obligations de celui-ci passent à ses héritiers. Elle ne se comprendrait pas, au contraire, dans l'hypothèse du mandat ou du dépôt, bref dans le cas du contrat de bienfaisance créant un service purement personnel sans déplacement de patrimoine, car on ne peut parler, dans ce cas d'appauvrissement du patrimoine du bienfaiteur. En outre, comme dans ces contrats, les obligations de l'auteur de l'acte ne passent pas à ses héritiers (3), une des raisons principales qui justifieraient la demande en nullité disparaît ainsi.

A propos de l'application de l'article 901, nous voyons se vérifier, pour la première fois, le bien fondé

(1) Cass., 1er mai 1861. D. 61.1.2.13.
(2) V. Troisième Partie, n° VIII.
(3) V. plus loin, n° IX.

de la distinction que nous avons établie entre deux catégories de contrats de bienfaisance.

§ 2. — En abordant la question des *vices du consentement* dans les contrats de bienfaisance, nous allons nous trouver en face d'un régime véritablement commun à tous ces actes. Ici la distinction faite entre deux sortes de contrats s'effacera. Il faut même aller plus loin, nous dirons que c'est dans ce régime que se manifeste, de la façon la plus éclatante, la communauté des actes à titre gratuit : les règles qu'il dictera s'appliqueront également aux legs, aux donations, aux contrats de bienfaisance. Sur la question des vices du consentement, on peut parler d'un régime commun aux actes gratuits, c'est peut-être la seule fois où cette expression peut être employée.

Comment expliquer cela? L'explication doit se trouver dans le rôle spécial que joue la volonté du bienfaiteur dans ces actes. On doit accorder plus d'importance à celle-ci dans les actes gratuits que dans les actes onéreux. Du moment qu'une personne se dépouille sans rien rechercher en échange de son sacrifice ou bien qu'elle rend un service gratuit, il faut qu'elle ait véritablement, « parfaitement », l'intention d'accomplir cet acte. Pour se former, l'intention libérale exige du bienfaiteur une volonté absolument pure de toutes scories. Ici la volonté joue un rôle primordial dans l'acte : dans les actes onéreux, la contrepartie matérielle semble, en quelque sorte, pouvoir suppléer à ses imperfections.

*L'erreur sur les motifs* n'est pas prise en considération dans les actes juridiques, ce principe devra s'appliquer aux actes onéreux comme aux actes gratuits. Cependant, quand il s'agit de donations ou de

legs, la jurisprudence a une tendance visible à incorporer ces motifs dans la cause ou les conditions de l'acte et, par ce procédé, à réclamer l'annulation de celui-ci. Il n'y a point d'obstacle qui empêche d'étendre cette façon d'agir aux contrats de bienfaisance. Le cas de l'*erreur sur la personne* est plus typique. L'article 1110, alinéa 2 du Code civil, décide que « l'erreur sur la personne est cause de nullité quand la considération de la personne est la cause principale de la convention ». Or, on aura tendance à retrouver cette considération dans les actes à titre gratuit (à moins que la volonté formelle de leur auteur ait été de les rendre anonymes. Exemple : fondations) (1), alors qu'on déclarera volontiers qu'elle fait défaut dans un très grand nombre d'actes onéreux.

Le *Dol* n'est considéré comme un vice de consentement que s'il provient d'une des parties (art. 1116). Cependant, on considère que le dol, provenant d'un tiers, peut être une cause de nullité dans la donation. L'explication est que la donation doit uniquement procéder de l'esprit de bienveillance (2). Cette condition vaut également pour les legs et les contrats de bienfaisance.

Enfin, dans les actes à titre gratuit, on pourra être

(1) Il faut, en effet, remarquer avec M. Josserand, qu'il y a des actes gratuits qui se libèrent de l'*intuitus personnae*. Ainsi les libéralités à destinations anonymes (fondations destinées à fonctionner au profit de certaines catégories de personnes plutôt qu'en faveur d'individualités, voire au profit de tout venant, tel un refuge). Pour ces actes, il ne peut y avoir faute sur la personne. Il ne faudrait donc pas faire de l'*intuitus personnae* un des éléments de la gratuité. Josserand, *Op. cit.*, nos 47 et 56.

(2) Colin et Capitant, 3e édition, p. 289.

moins sévère dans l'appréciation de la *violence* qu'on ne l'est quand il s'agit d'actes à titre onéreux. Certes, on peut objecter que les articles 1111 à 1115 du Code civil, ne distinguent point entre les deux sortes d'actes, mais c'est cependant avec raison que le jurisprudence l'a fait à propos des libéralités (1). L'acte, a-t-elle pensé, doit être l'expression de la volonté pure et libre du disposant. Si petite soit l'immixtion de la violence, l'intention libérale perd sa valeur. Cette raison vaut pour les contrats de bienfaisance comme pour les libéralités.

§ 3. — La plupart des auteurs citent la modération dans l'appréciation de la *faute* comme un trait commun à tous les contrats de bienfaisance. Cette remarque est exacte. Deux textes seulement signalent cette règle dans le Code : l'article 1928 pour le dépôt et l'article 1992 pour le mandat, mais nous pouvons l'étendre à tous les autres contrats. N'en avons-nous pas un exemple frappant dans le contrat de transport à titre gratuit? Certains arrêts reconnaissent dans celui-ci un contrat inommé à titre gratuit, nous reconnaissons en lui un contrat de bienfaisance type. Or, dans cette opération, la jurisprudence fait jouir le voiturier d'une responsabilité appréciée moins sévèrement que dans le cas de transport fait à titre onéreux; sa responsabilité sera délictuelle au lieu d'être contractuelle. Mais, s'il y a un contrat, fut-il inommé, comment justifier cette nouvelle responsabilité. Cela n'est guère possible. La véritable explication est, à notre avis, bien plus simple; la jurisprudence,

(1) Caputineau, *Des vices du Consentement dans les Libéralités entre vifs ou testamentaires*, thèse, Paris 1906, p. 82.

à raison même du caractère de bienfaisance de l'opération. n'a pas voulu y rattacher « une obligation de sécurité, absolue ou limitée, à la charge de l'auteur de la complaisance qui en serait ainsi bien mal récompensé » (1). Cette modération s'explique par le fait que l'on tient compte de la générosité de celui qui sert autrui, sans rien demander en échange de son service. Il peut commettre une légère faute dans l'exécution de celui-ci, on ne comprendrait pas que le bénéficiaire qui gagne tout dans l'opération lui demanda d'en rendre compte.

L'article 1927 déclare « que le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, le même soin qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. » Le dépositaire ne répond donc pas de sa *culpa levis in abstracto* conformément au droit commun, mais il bénéficie d'une responsabilité moins lourde : il répond de sa *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire de la faute qu'il commettrait si ses propres intérêts étaient en jeu. L'article 1928 décide que cette responsabilité sera aggravée si le dépositaire « a stipulé un salaire pour la garde du dépôt ». Dans quelle mesure se réalisera cette aggravation? L'article 1928 ne le dit pas, mais la tradition veut que l'on retombe

(1) Josserand, *Les Transports*, 1926 n° 799 et n° 895 § 1. — Trib. civ. d'Avignon, 24 oct. 1924. D. H. 1924. 7. 10. Il est vrai qu'on peut expliquer la responsabilité délictuelle du voiturier par une clause tacite de non responsabilité. Le trib. de Thiers, 15 janvier 1925, D. H. 1925, p. 254, déclare : « Celui qui accepte ce transport gracieux accepte implicitement les risques inhérents au mode de locomotion ainsi que les aléas habituels de la route ». — Idem. Demogue, *Obligations*, t. V, n° 1138, *Rev. trim.* 1925, p. 349. Mais il s'agit d'une explication par une fiction, ce qu'en principe on ne doit pas admettre.

dans le droit commun et que le dépositaire soit responsable de sa *culpa levis in abstracto* (1).

Dans le mandat gratuit, il y a aussi modération dans l'appréciation de la responsabilité du mandataire, mais cette modération ne s'exerce point de la même façon que dans le dépôt. L'article 1992 indique bien cette atténuation quand le mandat est gratuit, mais l'alinéa 1 de cet article qui déclare le mandataire responsable « des fautes qu'il commet dans sa gestion » ne dit point que cette responsabilité doit être appréciée *in concreto*. Le mandataire salarié répond donc de sa *culpa levis in abstracto*, conformément au droit commun, en cas de mandat gratuit il y aura atténuation de sa responsabilité sans que rien pourtant nous autorise à dire que celle-ci sera appréciée *in concreto* (2).

Dans le prêt et le cautionnement, le bienfaiteur s'engage à faire jouir d'une chose ou de son crédit, il peut y avoir faute dans l'exercice de cette activité. On peut, dans ces deux cas, admettre la règle du tarif de faveur dans l'appréciation de la responsabilité. Une application légale de celle-ci se trouve dans l'article 1891. « Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse porter préjudice à celui qui s'en sert » le prêteur n'est responsable que s'il les connaissait et n'a pas averti l'emprunteur. S'il s'agissait non d'un prêt, mais d'un louage, le bailleur serait responsable même s'il ignorait les vices de la chose louée. La faute du prêteur consistant en cette méconnaissance, n'est pas prise en considération.

(1) Josserand, *op. cit.*, n° 277.
(2) Josserand, n° 271.

La gestion d'affaire, cependant, se présente comme une exception à la règle commune. Le *negotiorum gestor* est tenu de « bien administrer » (article 1375); dans ce cas seulement, il sera remboursé. L'article 1375 déclare qu'il « est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille ». Sa responsabilité est donc celle du droit commun (1). Cela se comprend, la générosité du gérant d'affaire est obligatoire pour le bénéficiaire, il ne peut demander pour lui-même des atténuations en faveur d'un acte qu'il impose par son unique volonté à une autre personne. Cette remarque écartera aussi les autres effets que la gratuité pourrait avoir sur le régime de cet acte. La seule influence qu'on pourrait en signaler serait indiquée par l'alinéa 2 de l'article 1374; celui-ci, après avoir dit que la responsabilité du gérant d'affaire est celle du droit commun, ajoute : « Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou négligences du gérant ». Ces circonstances seront, en général, de celles qui mettent en valeur la grandeur de la générosité du *negotiorum gestor* par exemple s'il s'occupe d'une affaire en souffrance alors que personne ne voulait s'en charger (2). Mais on le voit, cette légère exception mise à part, l'influence de la gratuité sur le régime de la gestion d'affaire est pour ainsi dire inexistante.

En résumé, le cas de la gestion d'affaire écarté, en matière des vices de consentement comme dans le do-

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 441, n° 296.
(2) P. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XV, n° 2806.

maine de la responsabilité, s'affirme la communauté de régime des actes à titre gratuit. Celle-ci se justifie facilement, car elle est l'émanation dans le régime de ces actes d'un caractère de la gratuité des plus simple et qui est réellement commun à tous : la générosité.

VI. — *La capacité.* Y a-t-il une capacité spéciale requise pour faire un contrat de bienfaisance? Ici nous nous heurtons à un principe absolu : la loi seule peut créer une incapacité. L'article 1123 du Code civil énonce ce principe en termes catégoriques : « Toute personne peut contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi. ». Donc on ne peut étendre aux contrats de bienfaisance les règles des donations concernant la capacité des parties. Cependant nous allons voir que la rigidité du principe fléchit dans certains cas.

Examinons brièvement l'un après l'autre chacun des contrats de bienfaisance et cherchons quel doit être dans chacun de ceux-ci la capacité requise du bienfaiteur pour conclure l'acte. L'article 1990 règle la question pour le *mandataire.* La capacité de celui-ci est indifférente parce que, par le mandat, il ne s'engage pas personnellement, mais engage directement le maître de d'affaire. Remarquons, cependant, que dans ses rapports avec le mandant, le mandataire incapable ne sera responsable que suivant les règles générales concernant les incapables (article 1990). Donc, pour que le mandat puisse produire tous ses effets juridiques, la capacité du mandataire est requise : celle-ci ne peut être que celle du droit commun, c'est-à-dire celle de faire un acte à titre onéreux.

En l'absence de texte, il semble qu'il y a peu de

difficulté pour admettre que la capacité requise chez le *negotiorum gestor* soit celle de pouvoir contracter. Cette solution est celle admise par la majorité des auteurs (1), on ne saurait que l'approuver.

Enfin, l'article 1925 déclare que la capacité requise pour faire un *dépôt* est celle de « contracter », c'est-à-dire celle de faire un acte onéreux.

Si nous examinons maintenant le *cautionnement*,

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXIII, n° 1035.

En sens contraire, Frouin, *La Notion juridique de la gestion d'affaire*, thèse Bordeaux, 1907. Cet auteur n'exige pas une capacité spéciale pour le gérant d'affaire, parce que les obligations qu'engendrent son acte sont d'origine légale et ne dérivent pas d'un contrat. Mais n'est-ce pas par sa propre volonté qu'il s'impose ces obligations légales?

M. Bartin critique MM. Aubry et Rau qui soutiennent la théorie traditionnelle (*Aubry et Rau*, t. VI, n° 441, note 1 et note 3 *ter*). Pour lui, un incapable peut être gérant d'affaire. Quand il y a obligation contractuelle, on comprend que l'on refuse à l'incapable le droit d'agir; car il y a toujours à craindre « que la personne qui traite avec l'incapable cherche à profiter de son incapacité ou de sa faiblesse ». Dans le cas de la gestion d'affaire, cela n'a pas lieu. Suivant M. Bartin, cela serait d'autant plus certain que si les obligations du *negotiorum gestor* résultent à la fois d'un acte de sa volonté et de la loi, celles du géré sont simplement légales. Ces obligations découlent de deux sources différentes. Nous avouons ne pas comprendre très bien ces raisons. En premier lieu, s'il n'y a pas à défendre le gérant contre les ruses de l'autre partie, ne faut-il pas le défendre contre son propre emportement ou sa propre irréflexion? En second lieu, nous ne comprenons pas la dualité des sources des obligations dans l'engagement du gérant et du géré. Les obligations du gérant sont légales, parce que la loi les détermine, elles proviennent aussi de sa volonté, parce que c'est par celle-ci qu'il déclanche le mécanisme légal. Mais par cet acte de volonté, ne détermine-t-il pas aussi les obligations du maître de l'affaire? Il est absolument inexact de dire que ces dernières sont uniquement légales.

nous voyons l'article 2018 du Code civil réclamer pour la caution, comme pour les autres contrats de bienfaisance, la capacité de « contracter ». Mais, en réalité, ce texte perd de sa valeur, car certains indices vont nous montrer qu'une capacité spéciale est exigée pour pouvoir cautionner à titre gratuit. Ce que nous dirons du cautionnement doit s'appliquer également au *prêt gratuit*. Notons deux de ces indices révélateurs d'une capacité spéciale : Premièrement, la femme, sur le produit de son travail, peut faire des contrats à titre onéreux (loi du 13 juillet 1907, article 1, § 3), mais la jurisprudence ne lui reconnaît ni le droit de faire une donation, ni le droit, nonobstant l'article 2018, de faire un prêt à titre gratuit, ni de cautionner un tiers à titre gratuit (1) (réserve faite du cautionnement de son mari, article 1431 du Code civil et du cas prévu par l'alinéa ajouté par la loi du 19 mars 1919 à l'article 3 de la loi du 13 avril 1907). En second lieu, ces deux opérations sont comptées par la jurisprudence et la doctrine parmi celles formellement interdites au tuteur (comme au curateur du mineur émancipé) alors que la plupart des actes onéreux, avec autorisation du Conseil de famille, et quelquefois homologation du Tribunal, leur sont permis (2).

Une capacité plus sévère que celle requise pour faire des actes onéreux ordinaires est donc requise

(1) V. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil*, t. IX. M. Nast, *Régimes matrimoniaux*, 2e partie, n° 1341 (in fine).

(2) Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, Rouast, *La famille*, p. 332. Savatier, *Les Personnes*, p. 625 et 685.

dans le prêt et le cautionnement gratuit. Sans trop nous avancer, nous pouvons penser que cette capacité est celle requise pour faire une donation. Une même raison explique les exigences de la capacité dans les trois cas : ce sont des actes réputés dangereux pour leur auteur, dans l'un parce qu'il se dépouille sans contre-partie, dans les autres parce qu'il peut y être contraint par suite de l'insolvabilité du débiteur. De plus, on sait déjà que le transfert gratuit d'une partie de son patrimoine procure au bienfaiteur une privation assez semblable à celle procurée par la donation. Il est vrai que cette façon de voir n'a pas été admise par MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (1) pour le cautionnement, mais les objections qu'ils font sont loin d'être irréfutables. Ces auteurs sont d'avis qu'aucune capacité spéciale n'est requise pour le cautionnement et ils appuient cette assertion sur deux arguments de valeur inégale. En premier lieu, ils excipent des termes du rapport de Treilhard au Corps législatif; mais ceux-ci, fort obscurs, sont loin de donner un appui solide à leur affirmation. « L'objet du cautionnement, déclare le rapport, est d'assurer l'exécution d'une obligation, il faut donc que celui- qui se présente pour cautionner soit capable de contracter... A quoi servirait l'engagement d'un homme qui ne pourrait s'engager? » (2). A quelle capacité font allusion ces termes vagues, ils ne le disent point. L'intention évidente du rapporteur est de

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXIV, n° 935. Idem Aubry et Rau, t. VI, § 424, p. 219.

(2) Fenet, t. XV, p. 39.

souligner qu'une personne incapable de se lier juridiquement ne peut cautionner, elle ne paraît nullement vouloir définir cette capacité.

La seconde objection est en apparence plus solide: elle consiste à dire que l'obligation de la caution a lieu vis-à-vis du créancier. Or celui-ci n'a pas à connaître des conventions faites entre le débiteur et la caution, il ignore si cette dernière s'est fait promettre une indemnité par le premier (1). Le raisonnement est loin d'être juste. La capacité que doit avoir la caution de s'engager vis-à-vis du créancier dépend essentiellement de celle qu'elle a de s'engager vis-à-vis du débiteur. Est-il réellement possible d'envisager ces deux actes comme des actes parallèles qui n'ont aucun rapport l'un avec l'autre? La réponse doit être négative. Le cautionnement doit être considéré comme une seule opération formée de deux engagements (la caution s'engage vis-à-vis du débiteur et vis-à-vis du créancier). La validité de l'opération dépend de la validité des deux engagements, la validité de l'engagement de la caution vis-à-vis du créancier dépend de la validité de son engagement vis-à-vis du débiteur. Le créancier ne peut pas se considérer comme complètement étranger aux rapports de la caution et du débiteur. Ceci est strictement logique : en effet, si la jurisprudence défend au tuteur de cautionner gratuitement au nom du mineur, il est bien évident que cet acte sera nul et au regard du débiteur cautionné et du créancier qui croit jouir de cette garantie; si, au contraire, la jurisprudence admet un cautionnement salarié fait par le tuteur, avec autorisation du Conseil

(1) Laurent, t. XXVIII, n° 122.

de famille et homologation du Tribunal, on voit que ce qui est essentiel pour le créancier c'est bien de savoir si le cautionnement est, vis-à-vis du débiteur, à titre gratuit ou à titre onéreux.

Les auteurs qui reconnaissent que la simple capacité de s'obliger est insuffisante pour pouvoir cautionner, s'orientent vers une solution des plus intéressantes. Pont (1) déclare « que la capacité de la caution doit être celle qui est requise pour faire un contrat de bienfaisance ». Pothier (2) parlait naguère « de la capacité de s'obliger comme caution ». Guillouard (3), comme Pont, stipule pour la caution gratuite « la capacité de faire un contrat de bienfaisance » (4). Ces différentes opinions fortifient notre thèse. On a reproché à MM. Guillouard et Pont d'employer l'expression « capacité de faire un contrat de bienfaisance » sans dire ce qu'est celle-ci (5). Nous nous sommes efforcés de prouver que celle-ci à une réalité. Quelle sera, dans le cas présent, cette capacité ? Ce sera celle exigée pour les contrats de bienfaisance aboutissant à

(1) Pont, t. II, *Petits Contrats*, n° 57.

(2) Pothier, cité par Baudry-Lacantinerie, référence précédente.

(3) Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, n° 45.

(4) Laurent, t. XXVIII, n° 160, s'exprime en termes obscurs. Après avoir dit : « Le cautionnement n'est pas gratuit de son essence; on ne peut donc pas prendre la gratuité comme point de départ pour en induire que la caution doit être capable de donner », il semble cependant en revenir à cette solution : « Il est plus exact de dire que le cautionnement est un acte de disposition, en effet, la caution s'oblige à payer sans rien obtenir en compensation des risques qu'elle court ni du créancier, ni du débiteur. ».

(5) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXIV, n° 935.

un certain transfert économique du patrimoine, à une certaine disposition, c'est-à-dire la capacité exigée pour donner. Nous voyons donc, à propos de la capacité, se dessiner de nouveau la distinction faite entre deux contrats de bienfaisance. Les uns consistent dans un pur service personnel et sont traités suivant le droit commun, les autres impliquant un certain transfert de patrimoine s'apparentent à la donation et peuvent être soumis à certaines de ses règles.

Il y a cependant un acte pour lequel l'efficacité de la distinction semble être prise en défaut. Dans le *commodat* ou prêt à usage, bien qu'il y ait transfert de patrimoine, l'insignifiance ordinaire de l'opération ne semble pas suffisante pour imprimer à l'acte un caractère distinct des actes qui ne comportent qu'un service purement personnel. Il semble donc qu'il faille l'apparenter à cette catégorie. Serait-il raisonnable de réclamer, pour cet acte, la capacité de la donation? A cette interrogation, il est tout naturel de répondre par la négative et c'est ce que font Baudry-Lacantinerie et Wahl (1). Après avoir fait remarquer que le commodat, par son caractère restreint, rentre surtout parmi « les services qu'on se rend entre bons voisins », ils déclarent qu'aucune capacité spéciale ne sera requise pour l'opération, la simple capacité d'administrer suffit. S'il arrivait cependant qu'elle présentât une certaine importance, elle se transformerait en une véritable donation et serait alors soumise aux règles des libéralités.

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. XXIII, n° 606-615.
Idem Aubry et Rau et Bartin, t. VI, § 391, p. 97. Paul Pont, *Petits Contrats*, t. I, n°s 55, 56.
Laurent réclame pour faire un commodat, la capacité de disposer, t. XXVI, n° 458. Idem Guillouard, *Traité du Prêt*, n° 20.

Si intéressante que soit cette façon de voir, elle ne paraît pas exacte. On ne peut contester que le commodat présente souvent les caractères d'un service de « bon voisinage », bien qu'il puisse constituer aussi souvent une opération d'une certaine envergure (1), mais ce que l'on ne saurait admettre, c'est cette mystérieuse transformation de la nature de l'acte suivant la valeur de l'objet sur lequel il porte. Le prêt d'un rateau est un commodat comme l'est un prêt d'immeuble. Le commodat présente les caratères d'un contrat de bienfaisance, opération distincte de la donation, il conserve de toute évidence ces caractères, quelle que soit la valeur économique de l'objet qu'il transfère (2). Mais en raisonnant ainsi, ne se place-t-on pas le plus mal possible pour résoudre le dilemme qui se présentera fatalement devant nous : ou n'admettre qu'une capacité restreinte et interdire sans raison ces petits prêts sans danger et d'une nécessité courante, ou ne demander q'une capacité minimum et permettre à tout venant une opération fort dangereuse quand elle porte sur un objet d'une valeur considérable?

En refusant toute modification de la nature de l'acte, nous semblons nous interdire la solution du problème. Cela n'est qu'une apparence fort heureusement. Même si l'on opte pour la capacité restreinte, comme nous le faisons, il y a un moyen d'obvier à ces inconvénients. Ce moyen serait de faire ce que

(1) 23 juin 1903. Trib. civil de la Seine. Gaz. des Trib., 17 juin 1903. Dans l'espèce, il s'agit d'un prêt d'immeuble. Bordeaux, 23 avril 1897, D. 98.2.224. Dans cet autre espèce il s'agit du prêt d'un lot de 22 barriques.

(2) Guillouard, *op. cit.*, n° 20.

l'on fait pour les donations minimes (1) : admettre une tolérance moyennant laquelle on n'appliquerait pas les règles du commodat à ces opérations quand elles ne présentent pas une importance suffisante. Cette solution a l'avantage de résoudre une difficulté que pose la pratique, par un moyen de pratique, tout en ne portant pas atteinte aux principes du droit.

En résumé, nous soumettons donc le commodat, de même que le prêt de consommation et le cautionnement, aux règles de la capacité requise pour faire des donations et par là, cette dernière opération n'infirme pas l'efficacité de la distinction que nous avons établie entre deux catégories de contrats de bienfaisance.

VII. — *L'action Paulienne* (2).

On sait qu'en matière d'action Paulienne, un régime différent est prévu suivant que l'acte accompli par le débiteur en fraude de ses créanciers, est un acte gratuit ou un acte onéreux. Les contrats de bienfaisance bénéficient-ils du régime spécial des actes gratuits en cette matière? La théorie traditionnelle de l'action Paulienne n'en permet l'exercice que si on constate un appauvrissement du patrimoine du débiteur. En admettant l'exactitude du critère économique de la dis-

(1) Et ce que semble autoriser l'art. 852 : « Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces, de présent d'usage ne doivent pas être rapportés », v. le sens général qu'on peut donner à cet article dans la thèse de Valloir, *op. cit.*, ch. I.

(2) L'application des règles des contrats de bienfaisance pouvant souvent soulever la question de l'appréciation d'un intérêt moral, l'art. 1166 ne pourra jouer à propos de ceux-ci qu'un rôle restreint.

tinction des libéralités et des contrats de bienfaisance, tel que le proposent MM. Colin et Capitant, on devrait conclure que ces derniers n'appauvrissant pas leur auteur, ne sont pas sujets à l'application de l'article 1167 du Code civil. Mais cette solution paraît-elle bien équitable? Un prêt gratuit consenti par le débiteur, alors qu'il n'est plus en mesure de payer ses propres créanciers, ne pourrait pas être attaqué par l'action révocatoire? Cet acte échappe-t-il réellement au domaine de l'article 1167? Notre embarras serait grand pour résoudre cette question si l'on ne savait que le critère économique proposé, loin de distinguer les contrats de bienfaisance de la donation, fait au contraire apparaître de solides ressemblances entre certains d'entre eux et celle-ci et justifie pour ces opérations une certaine communauté de régime.

Reprenons l'examen des différents contrats. Quand il s'agit du mandat, de la gestion d'affaire, du dépôt, l'action Paulienne ne sera plus applicable. Il y a pour cela plusieurs raisons : en premier lieu, si le service est rendu, il est impossible de le supprimer; en second lieu, si l'auteur de l'acte n'a pas encore effectivement exécuté le service auquel il s'est engagé, on ne peut guère dire qu'en l'accomplissant il diminuera son patrimoine, tel qu'il existe au moment de l'opération. Nous avons déjà montré, à propos du mandat, que cet appauvrissement n'a pas lieu (voir Deuxième Partie, chapitre I, n° VII).

Si nous envisageons le cas du prêt gratuit et du cautionnement, le raisonnement nous conduira à une solution différente de celle que nous venons de trouver. Le prêt gratuit, nous l'avons vu (chapitre V, n° 4), produit une diminution économique appréciable du

patrimoine actuel du débiteur; il est donc normal de soumettre cette opération à l'exercice de l'action Paulienne. Qu'on n'objecte point que cette diminution n'est pas définitive, car dans ce cas il faudrait n'accorder l'action révocatoire qu'en cas de donation transférant un droit de propriété et la refuser dans le cas d'une donation d'usufruit. Cette restriction considérable du domaine de l'action en diminuerait étrangement l'efficacité. En outre, les risques que fait courir le prêt gratuit au prêteur, mettent gravement en péril ce même patrimoine, il y a des possibilités d'un appauvrissement définitif. Cette dernière raison vaut également pour le cautionnement et réclame pour lui aussi l'application de l'article 1167. Comprendrait-on qu'un débiteur incapable de payer ses créanciers puisse se livrer à ces actes de générosité aussi dangereux? Evidemment non, l'action Paulienne doit s'appliquer à ces deux actes.

VIII. — *Le Rapport.* — L'institution du rapport touche-t-elle les contrats de bienfaisance? Ce problème, assez complexe, réclame un étude assez minutieuse.

Un coup d'œil assez rapide, sur le rapport, nous fait voir dans celui-ci un capital déplacé à titre gratuit en faveur d'une personne, revenir à la succession de l'auteur de l'opération, quand le bénéficiaire succède à ce dernier. Ceci retire donc immédiatement du domaine du rapport les services rendus à titre gratuit, parce que, dans ceux-ci, en premier lieu, nous n'apercevons pas de capital déplacé à titre gratuit et parce qu'en second lieu, l'enrichissement causé au destinataire ne revient pas à la succession du propriétaire du capital, mais seulement ce

capital : tel est le sens précis de l'article 856 du Code civil, qui ne soumet ni les fruits ni les intérêts au rapport. Donc, on peut déduire de cette première constatation que ni le dépôt, ni le mandat, ni la gestion d'affaire ne seront soumis au rapport, alors que la donation, le prêt gratuit, le cautionnement, présentant le caractère de capital déplacé à titre gratuit, peuvent être soumis à cette institution.

La question de la donation n'intéresse pas notre étude. Reprenons plus en détail l'examen de ce problème au sujet du prêt gratuit et du cautionnement. Dans l'un et l'autre cas, le bénéficiaire est débiteur de la succession qui a sur une lui une créance de remboursement de la somme prêtée ou avancée par le cautionnement. La succession peut toujours récupérer cette créance grâce au rapport de dettes (1). Mais la règle du rapport de libéralités s'applique-t-elle aussi? Au premier abord, la question semble sans intérêt parce que si le rapport de dons ne s'applique pas, le rapport de dettes aura lieu. Cependant, il n'est pas impossible de trouver une hypothèse où le rapport de

(1) Aubry et Rau et Bartin, t. X, n° 631, p. 296, disent que les cohéritiers du successible peuvent exiger que le débiteur cautionné leur rapporte décharge. Il s'agit évidemment du rapport de dettes.

Demolombe, *Traité des successions*, t. IV, n$^{os}$ 358 à 362, admet le rapport du cautionnement et du prêt gratuit. Ses raisons sont assez confuses; l'idée du rapport de dettes et de libéralités ne se distingue pas nettement dans ses développements.

Sur la question du rapport de dettes d'une créance non encore exigible (ce qui peut s'appliquer au prêt comme au cautionnement) la jurisprudence est divisée. V. Planiol et Ripert, t. IV. *Les Successions*, par Maury et Vialleton, n° 628, pour la question générale et n° 595, note 3, pour le cautionnement.

dettes serait impossible, dans ce cas nous aurions alors à nous demander si le rapport de libéralité peut y suppléer.

La question s'est posée dans le cas suivant (1) : un concordataire succède à un homme qui lui a fait un prêt ou l'a cautionné gratuitement : doit-il le rapport au-delà de la limite de ses obligations fixées par le Concordat? On sait que pour ce surplus il n'est plus débiteur et n'est tenu que d'une obligation naturelle. Le rapport de dettes ne peut plus avoir lieu, le rapport des libéralités s'applique-t-il encore?

La jurisprudence dit : il ne doit rien si la créance est à titre onéreux, il doit rapporter si l'opération est à titre gratuit. Chez les auteurs, il n'y a pas communauté de vues. Les uns (2), prétendent que le rapport de libéralité ne doit pas s'appliquer, les autres adoptent la solution de la jurisprudence (3).

(1) V. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913, p. 852.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. VII, n° 627.

Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, n$^{os}$ 20, 21, 21 *bis*, 35.

Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. III, n° 2966. *Cautionnement*, t. XXIV, n° 1007 et n° 2764.

(3) Thaller et Percerou, *Faillite et Liquidation judiciaire*, t. II, n° 1371.

Demolombe, t. IV, *Successions*, n$^{os}$ 324, 339, 361.

Laurent t. X, n° 612 et t. XII, n° 172.

Planiol et Ripert, *Les Successions*. Maury-Vialleton, n$^{os}$ 595 et 628.

V. surtout la note de Tissier, S. 04.2.25. Dans cette note, M. Tissier dit que le rapport de dettes est possible, mais il distingue deux sortes de rapports de dettes : l'un, simple moyen de liquidation, l'autre s'expliquant par l'idée « d'avancement d'hoirie » et qui, par là, se confond avec le rapport de dons. La raison de cette distinction vient peut-être de ce

Avant de chercher la solution du problème, il nous faut déjà écarter un cas : celui où il s'agirait d'une donation. Dans ce cas, seuls MM. Lyon-Caen et Renault (1) semblent ne pas admettre que le rapport puisse avoir lieu, sous le prétexte que le Concordat est un acte à titre onéreux. Mais la nature du Concordat n'a aucune influence sur la nature de la donation, elle ne peut la modifier. Le caractère onéreux du concordat provient du fait qu'en demandant moins, les créanciers s'assurent beaucoup plus certainement d'être payés. Cela peut-il toucher le donateur qui, dès le jour de sa donation, a eu le désir de tout perdre? Le donateur n'est pas un créancier, il ne colloque pas avec les autres créanciers de la faillite. Si par une similitude de mots on dit que sa succession est créancière du rapport, cela a lieu en vertu de règles spéciales aux successions, indifférentes à toutes les situations pécuniaires où a pu se trouver le donataire. Le donateur, ou plutôt sa succession, a droit au rapport en vertu d'un titre spécial qui ne peut être comparé à celui des créanciers.

La question se complique quand il s'agit du cautionnement et du prêt gratuit, car ces opérations n'ont pas un caractère de gratuité aussi pure que la donation. L'acte, en effet, présente deux aspects. Il présente déjà un certain aspect onéreux. Le prêteur, la caution,

que le prêt et le cautionnement, même rapportables pour des raisons identiques à celles qui exigent le rapport des donations, ne parviennent pas à se laver complètement de ce caractère onéreux que leur prête leur structure. Mais cette distinction risque de créer de la confusion dans notre matière. Si ce risque est créé par une question de terminologie, il vaut mieux revenir à la terminologie classique.

(1) Lyon-Caen et Renault, référence citée.

sont créanciers de la même façon que les créanciers de la faillite. Ils sont intéressés dans la faillite qu'ils peuvent avoir occasionnée par leur acte, qu'ils peuvent avoir fait déclarer. Le concordat leur profite en limitant leurs pertes. Et quoique l'acte soit à titre gratuit, cette forte similitude de la situation du prêteur, de la caution, avec celle d'un créancier d'un acte à titre onéreux, empêchera que le remboursement du prêt, de la somme cautionnée, soit exigible durant la vie du bienfaiteur au-delà de la somme remise par le concordat.

Mais, d'un autre côté, l'acte est aussi à titre gratuit, il n'a même que ce seul titre.

Peut-on dire que le caractère « d'onérosité officieuse » de l'acte (si on permet l'expression), repousse l'application du rapport, que la nature secrète de l'acte triomphe de sa nature officielle? Poser le problème en ces termes serait lui donner un aspect trop absolu et se placer dans un plan théorique qui n'a peut-être pas grande réalité.

D'abord, juridiquement, ce conflit de nature ne se pose pas, car l'acte n'en a qu'une. Nous verrons (Troisième Partie, section II, n° XIII) qu'un contrat de bienfaisance ne peut être analysé en un acte à titre gratuit accolé à un contrat à titre onéreux. L'indivisibilité de l'acte interdit de voir les choses ainsi (1). En second lieu, si, sous l'enveloppe juridique qui consacre son unité apparente, l'analyse relève deux natures diffé-

(1) On ne saurait donc admettre l'argument de Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. III, n° 2966, quand ils refusent le rapport du prêt gratuit pour la raison que « l'héritier n'est pas donataire sauf pour les intérêts, lesquels ne sont pas rapportables ».

rentes dans l'acte en dégageant certains traits de ressemblance qu'a celui-ci avec les actes à titre onéreux, cela tient à ce que la gratuité n'a qu'une influence limité dans le contrat de bienfaisance; mais ces deux aspects de l'acte s'expliquent par des raisons différentes qui n'ont aucun commun dénominateur. Pourquoi vouloir que les raisons qui expliquent les aspects onéreux de l'acte anéantissent celles qui expliquent ses caractères gratuits? Il n'y a lutte entre deux natures de l'acte que par métaphore.

Donc l'aspect onéreux que peut présenter le prêt gratuit et le cautionnement, ne forme pas un obstacle préalable à l'application du rapport à ces actes. En réalité, pour voir si on doit véritablement leur appliquer cette règle, il faut s'écarter du problème tel que nous l'avons posé et examiner avec attention si les motifs qui en expliquent l'application dans la donation se retrouvent dans les deux contrats de bienfaisance.

Or, le simple fait qu'un acte est à titre gratuit ne justifie pas l'application du rapport, au contraire, le simple fait que l'acte n'est pas une donation semble bien l'en écarter (1). On peut, en effet, invoquer les termes très nets des textes : l'article 843 ne parle que de donation entre vifs et de legs. Le texte dit bien : « (l'héritier) doit rapporter tout ce qu'il a reçu par donation entre vifs, directement ou indirectement », mais il s'agit encore là de donation indirecte et non de con-

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. *XXIV. Cautionnement*, n° 1007, *Successions*, t. III n° 2764.

Guillouard, *Traité du cautionnement*, n$^{os}$ 20, 21, 21 *bis*, 35, déclare que le cautionnement n'est pas rapportable parce qu'il n'est pas une donation.

trat de bienfaisance. Les textes qui suivent ne font que le prouver en citant l'exemple de l'avantage accessoire à un acte onéreux (article 853 *à contrario*) et enfin celui de l'avantage résultant du contrat de société (article 854) qui sont deux donations indirectes. Tout le bel effort que fait Demolombe (1) pour faire rentrer les contrats de bienfaisance dans les termes de l'article 843 semble bien superflu devant la clarté des textes.

Pour procéder avec méthode dans notre étude, nous nous occuperons d'abord du prêt gratuit. Pour cet acte, nonobstant toute difficulté de texte, il y a, en faveur de l'application de la règle du rapport, une raison bien simple et qui doit l'emporter sur toutes les autres considérations. C'est que la donation n'est rapportable que parce qu'elle est assimilée à un prêt à titre gratuit. Elle n'est rapportable que parce qu'elle est considérée comme une avance du *de cujus* à son héritier, comme un avancement d'*hoirie* (2). Ceci est prouvé par le fait que l'article 856 déclare que les fruits et les intérêts ne sont pas rapportables. Ce n'est donc pas parce qu'un prêt ressemble à une donation qu'il est rapportable, mais c'est parce que la donation est assimilée à un prêt qu'elle est soumise à cette règle. Le prêt n'a besoin que de ressembler à lui-même, que d'être un prêt. C'est l'opération primordiale sur laquelle est basée l'institution.

Les raisons qui justifient l'application des règles du rapport au prêt valent-elles pour le cautionnement? Ici, nous allons être obligés d'entrer dans des

(1) Demolombe, réf. citée plus haut.
(2) Maury-Vialleton, *op. cit.*, n° 564.

explications un peu subtiles qui sont nécessaires si on veut résoudre avec le plus d'exactitude un problème assez délicat. L'objection que nous rencontrons se trouve dans l'article 856 qui déclare que les intérêts ne sont pas rapportables. Or, les intérêts sont de l'essence de cautionnement à titre gratuit. S'ils n'avaient pas lieu, nous avons vu plus haut que nous nous trouverions devant un cautionnement accompagné d'un prêt à titre gratuit. Donc, si on ne rapporte pas les intérêts de la somme cautionnée, on rapporte un prêt et non un cautionnement. Pour qu'il y ait rapport du cautionnement, il faut qu'il y ait rapport de la somme cautionnée et de ses intérêts. Cela peut-il avoir lieu malgré l'article 856? On peut, croyons-nous, l'admettre, et il y a en faveur de cette solution de nombreuses raisons. Il y a déjà une raison d'équité. Serait-il juste de l'écarter? La caution avance des capitaux comme dans un prêt. Elle a l'intention d'avancer une somme mais, en outre, elle manifeste son intention de bienfaisance en donnant son crédit. Son acte est un acte de générosité. Mais abstraction faite de l'idée d'équité, il y a d'autres raisons en faveur de la solution : quand on parle d'intérêts dans le prêt et le cautionnement, on emploie le même mot pour désigner deux choses qui ont un caractère différent. Le rapport des intérêts n'a pas lieu dans la donation et le prêt afin que l'acte conserve son caractère gratuit. Or, dans le cautionnement, les intérêts n'imposent nulle teinte onéreuse à l'acte; ils ne sont pas signe d'onérosité. Les intérêts ne peuvent pas avoir ce caractère parce que l'acte est un, s'ils le présentaient, il faudrait conclure qu'il y a deux actes : une dation de crédit plus un prêt à titre onéreux, or, nous

avons vu que cela est impossible. En outre, on peut ajouter comme dernier argument, ceci : contrairement à ce qui a lieu dans le prêt, si on rapporte les intérêts, on ne rapporte pas cependant l'enrichissement causé par le cautionnement. L'enrichissement porte sur la dation de crédit. Sa valeur n'est pas à rapporter. A ce point de vue, tout se passe comme dans le cas du prêt où la jouissance du crédit, à propos d'une somme avancée, prend la place de la jouissance des intérêts. Nous nous retrouvons donc devant l'article 856 libéré de bien des scrupules. Cet article ne peut concerner l'opération que nous examinons. Il est du reste bien certain qu'en l'édictant à propos de la donation, ses auteurs n'ont point pensé au problème dont nous nous occupons.

En résumé, le prêt gratuit, comme le cautionnement gratuit, peuvent donc être soumis au rapport comme la donation. La raison essentielle qui justifie cette assimilation est que ces deux opérations présentent, comme dans les libéralités, le caractère de capital déplacé à titre gratuit. Nous avons donc encore ici une nouvelle justification de la distinction établie entre deux catégories de contrats de bienfaisance : ceux qui consistent en un simple service personnel, sans déplacement de patrimoine, et ceux qui opèrent ce déplacement.

IX. — *La Réduction.* Une nouvelle question se pose devant nous. Les contrats de bienfaisance peuvent-ils être soumis à *la Réduction?* Elle ne peut évidemment se poser que pour le prêt à titre gratuit et le cautionnement. Les raisons qui militent pour l'application du rapport à ces deux contrats valent-elles aussi quand il s'agit de la réduction? Il faut répondre par la négative. Les deux institutions ont des buts très différents.

Le rapport ne touche que le cercle restreint des héritiers, son but est de les replacer sur pied d'égalité à la mort du *de cujus* et cela conformément à la volonté présumée du défunt. La raison profonde du rapport est que les donations sont considérées comme des prêts à titre gratuit, ce qui permet de l'appliquer au prêt et au cautionnement. Les raisons de l'institution de la réduction sont d'un ordre très différent. C'est une certaine limitation légale des pouvoirs de disposition d'un homme sur son patrimoine au profit de certains de ses héritiers : ce dernier ne peut, durant sa vie, diminuer son patrimoine par des libéralités au-delà d'une quotité déterminée, les actes qui empiètent sur cette quotité seront annulés quand s'ouvrira sa succession.

Dans la réduction, il ne s'agit donc nullement de volonté présumée. Celle-ci a sa source, au contraire, dans une disposition légale qui annule la volonté du *de cujus*. Or, le principe est la liberté pour tout homme de faire les actes patrimoniaux qu'il désire, les incapacités sont de droit strict, nous devons donc interpréter restrictivement le domaine de la réduction. Les conséquences particulièrement dangereuses de cet acte, vis-à-vis les tiers, militent également en faveur de cette solution.

La réduction s'applique-t-elle à toutes les sortes de donations? A notre avis, cela n'est pas douteux. L'article 922 ne distingue pas et l'article 917 prévoit spécialement le cas d'une donation d'usufruit. Cette solution se justifie, il faut se rendre compte, en effet, que si l'appauvrissement n'est pas définitif, il est loin d'être simplement momentané; dans une donation d'usufruit, comme dans une donation d'usage, il est égal à la vie du bénéficiaire.

X. — *Fragilité du lien obligatoire dans les contrats de bienfaisance.*

Quand on étudie le régime des actes gratuits, une chose frappe : la fragilité du lien obligatoire dans ces actes. Nous avons déjà vu un indice de celle-ci dans le fait qu'on tient plus facilement compte des vices du consentement dans les actes gratuits que dans les actes onéreux; la volonté n'a sa force juridique normale que si, dans son métal, il n'y a aucun défaut.

Nous allons maintenant apercevoir, avec un relief plus saisissant, cette fragilité en examinant la force obligatoire du lien juridique dans les contrats de bienfaisance.

§ I. — Le mandant peut révoquer sa procuration « quand bon lui semble (article 2004) » en indemnisant toutefois le mandataire de ses pertes, s'il en a subi (article 2000). Tout le monde sait que le mandat est essentiellement révocable. On explique cela par la représentation : une personne ne peut être représentée par une autre qui n'a plus sa confiance; mais la principale explication se trouve, pensons-nous, dans la gratuité de l'acte : le service rendu par le mandataire est au profit du mandant; on ne peut forcer ce dernier à recevoir des services dont il n'a plus besoin : l'opération n'a, en effet, qu'un but, celui de lui être agréable. Cette explication vaut pour le mandant comme pour tous les autres contrats de bienfaisance. Dans tous ceux-ci, le bénéficiaire aura le droit de refuser les services qu'on veut lui rendre quand il juge qu'ils ne lui sont plus utiles. Ce droit est impliqué par les termes mêmes de l'opération; il est de sa nature.

La situation du bienfaiteur est plus intéressante à étudier. Une fois engagé, a-t-il le droit de se délier?

Cette seule question retiendra notre attention dans la suite de ce numéro. Quelle est la force obligatoire du lien juridique par lequel est lié le bienfaiteur?

Commençons notre étude par le *mandat.*

L'article 2007 répond à notre question. Cet article permet au mandataire de « renoncer au mandat », c'est-à-dire de se délier de ses obligations. Une restriction à ce pouvoir est cependant énoncée par l'alinéa 2 du même article : « Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra être indemnisé par le mandataire ». On a jadis essayé d'expliquer cette règle en disant qu'il ne s'agissait, au fond, que de l'application du droit commun suivant lequel on ne peut intenter une action en justice si l'on ne peut faire preuve « d'un intérêt né et actuel ». Une partie dans un contrat ne peut réclamer pour inexécution de l'autre que si, de ce fait, son intérêt est lésé. Pothier (1) a donné le premier cette explication; Laurent (2) la reprend. Elle ne nous paraît pas cependant de grande valeur. On se demanderait déjà pourquoi le législateur a cru utile de confirmer cette règle à propos du mandat. Mais il y a une objection plus sérieuse. C'est une grave erreur de croire que l'une des parties a toujours le droit de se dégager d'un contrat quand, en faisant cela, elle ne cause aucun préjudice à l'autre (3). Nulle part ce droit ne lui est reconnu dans les

(1) Pothier, *Traité du mandat*, n^os^ 43 et 44.

(2) Laurent, t. 28, n° 106. Idem *Répertoire pratique Dalloz* 1920, t. 8, mandat n° 344.

(3) La deuxième partie du raisonnement serait de dire : «... et quand elle lèse l'autre partie par son inexécution, elle lui doit des dommages-intérêts », de sorte que le débiteur aurait le choix entre l'exécution ou le paiement de dommages-intérêts. L'art. 2007 serait la reproduction de cette règle

textes (1). En fait, tout se passera comme si cela avait lieu, car le tribunal n'accueillera pas la demande de la partie non lésée, mais juridiquement la partie qui ne s'exécute pas n'a aucun droit lui permettant de se délier de ses engagements (2). On peut, en outre, opposer à cette façon de voir la remarque suivante : Dès qu'une personne possède un droit à l'encontre d'une autre, elle a, en principe, un intérêt à l'exécution de ce droit. L'intérêt est apprécié d'une façon extrêmement large (3). En droit commun, le simple manque à gagner doit suffire à l'établir. Il est bien évident que dans le cas du mandat gratuit, le préjudice du mandant ne peut être son manque à gagner, sans cela le droit de renonciation du mandataire serait complè-

générale. Mais est-il nécessaire d'insister pour montrer la fausseté de cette soi-disante règle ? Le débiteur n'a pas le choix entre l'exécution et le paiement de dommages-intérêts, car le créancier peut réclamer l'exécution forcée.

(1) L'art. 1780 donne, dans un louage d'ouvrage sans durée déterminée, le droit à chaque partie de rompre quand elle le veut. Ce droit laissé au débiteur ne peut nullement être comparé à celui que nous examinons; il s'explique par le fait qu'on ne peut se lier perpétuellement et que l'absence de fixation d'une durée du contrat laisse présumer que les parties se sont reconnues le droit de rompre quand elles le désirent.

(2) Un créancier hypothécaire ne peut réclamer la vente de l'immeuble hypothéqué s'il est établi que celle-ci ne profite qu'à des créanciers antérieurs en rang (v. Garsonnet et Ch. César-Bru, *Précis de procédure civile*, n° 122); mais cela ne veut pas dire que le débiteur peut se dégager de l'obligation hypothécaire qui le lie au créancier.

(3) *Précis de procédure civile*, E. Garsonnet et Ch. César-Bru, 9e édit., n° 122. *Précis théorique et pratique de Procédure civile*, Glasson et Tissier, 2e édit., t. I, p. 225. *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Garsonnet et Ch. Cézar-Bru, 3e édit., t. I, n° 359 et s.

tement annihilé : le préjudice doit consister en une perte sensible et visible. Ceci nous montre que, dans notre cas, on doit distinguer l'intérêt du préjudice. L'intérêt se trouve dans le gain que doit procurer l'opération, le manque à gagner le justifie; le préjudice est plus qu'un manque à gagner : c'est une perte. Il faut, du reste, remarquer que l'article 2007 parle de « préjudice » du mandant et non « d'intérêt », les deux notions diffèrent, or, la maxime qu'invoque Laurent, dit : « pas d'intérêt, pas d'action » et non pas « pas de préjudice, pas d'action ».

La véritable explication de ce droit anormal reconnu au mandataire est dans la gratuité de l'acte. C'est elle qu'adopte la majorité des auteurs (1). Celui qui se met au service d'un autre, par pure complaisance, peut se délier des liens qu'il s'était imposés, si, du moins, cela ne cause pas à l'autre partie un préjudice. En cas contraire, il doit réparation. Mais l'alinéa 2 de l'article 2007 va plus loin, il ne devra même pas cette réparation s'il se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable (2). Ici, l'influence

(1) Pont, *op. cit.*, t. I, n° 1164-1167, Guillouard, *Traité du mandat*, n° 226 et 227. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 24, n° 827.

M. Pont s'exprime ainsi : « Si le mandat est un acte de confiance de la part du mandant, il est un acte de bon vouloir et d'amitié de la part du mandataire... Or, le sentiment qui a poussé à rendre service pouvant s'éteindre ou s'effacer, il est juste que le mandataire puisse renoncer au contrat. ». Les auteurs qui traitent de cette question expriment de façons diverses la même idée.

(2) V. Pont, *op. cit.*, t. I, n° 1166, sur la façon d'apprécier si le préjudice est considérable. Suivant cet auteur, il faut mettre en balance le préjudice que la renonciation fait

de la gratuité sur la fragilité du lien obligatoire est encore des plus nette.

En résumé, on voit se réaliser, dans le mandat, la chose suivante : non seulement le mandant, c'est-à-dire le bénéficiaire de l'opération, ne semble pas lié (ce qui serait, dans notre matière, le droit commun), mais encore le mandataire, c'est-à-dire le bienfaiteur paraît ne pas l'être non plus en vertu de l'idée que celui qui offre par pure générosité ses services ne peut être contraint de s'exécuter. Il serait cependant exagéré d'énoncer cette proposition dans des termes aussi tranchants. Dans le mandat, il y a bien entre les parties une obligation, mais celle-ci ne se présente pas avec autant de force que dans les autres actes juridiques. Admettons, en effet, qu'on fasse abstraction de certains cas où le lien obligatoire réapparaît dans le contrat avec sa force normale (ainsi voir l'article 1991, alinéa 2), on ne saurait nier cependant, qu'il existe entre les parties un certain lien. Le fait même que l'inexécution du mandataire peut causer un préjudice au mandant, en est la preuve. Si le mandant a droit à des dommages-intérêts quand il éprouve un préjudice du fait de l'inexécution du mandataire, c'est qu'il avait le droit de compter sur cette exécution, c'est qu'il avait droit à celle-ci. Dans le cas d'une obligation naturelle, hypothèse où il y a réellement absence d'obli-

éprouver au mandant avec celui qui peut résulter de l'exécution du mandat pour le mandataire. Si ce dernier est supérieur, le mandataire peut renoncer sans donner d'indemnité. Ce système ne tient peut-être pas assez compte du mot « considérable », mais si la règle de l'art. 2007, al. 2, s'explique par la gratuité de l'acte, par le fait qu'une personne qui rend un service gratuit ne doit pas en souffrir un préjudice, il faut en reconnaître la logique et le bien-fondé.

gation du soit-disant débiteur, si le soi-disant créancier fait des dépenses dans l'espérance de l'exécution de l'obligation naturelle, et qu'elle n'ait pas lieu contrairement à son attente, il n'a aucune raison de se plaindre ni aucun droit à réclamer des dommages-intérêts : il n'y a absolument aucun lien obligatoire entre les parties. Dans le cas du mandat, il y a bien, entre les parties, une obligation, mais celle-ci paraît dégradée, ténue, elle n'a pas la richesse et la force qu'elle présente ordinairement dans les actes juridiques; elle existe, mais elle est réduite à sa plus simple expression.

Cela se voit-il seulement dans le mandat? *Le dépositaire* pourrait-il jouir, à ce point de vue, des droits du mandataire? Il n'y a point de texte sur la question. La solution la plus ordinairement donnée consiste à dire que le dépositaire peut dénoncer le contrat quand il veut, à moins que les parties n'aient fixé dans l'acte un délai déterminé (1). Cette solution est certes exacte, mais il n'est pas nécessaire de l'expliquer comme le fait Paul Pont, par la gratuité de l'acte. Elle est commune aux contrats à titre gratuit et à titre onéreux. C'est ce que décide l'article 1780, alinéa 2, quand il déclare que « le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes ». En réalité, il nous semble que l'on peut étendre au déposant les droits anormaux dont jouit le mandataire. Certes, il y a une objection importante que l'on peut opposer à cette extension : l'absence de texte. Peut-on, sans un texte,

(1) Pont, *op. cit.*, t. I, n° 494. Guillouard, *Traité du dépôt et du séquestre*, n° 103.

étendre à un acte juridique, une règle aussi dérogatoire au droit commun? A première vue, il semble que non. Cependant, si l'on examine plus attentivement ces deux actes, on s'aperçoit que la cause qui explique cette dérogation se retrouve dans l'un comme dans l'autre. Le dépôt apparaît comme service gratuit de même nature que le mandat. On peut ajouter, en outre, que cette solution s'impose, de toute façon, si on peut analyser cette opération en un mandat spécialisé comme le fait M. Paul Pont (1).

Le prêt gratuit fait partie des services gratuits prévus par le Code, peut-on donner au *prêteur* les droits du mandataire? Un texte précis répond à notre question. L'article 1888 dit : « le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée ». Il n'y a que dans le cas où survient au prêteur un besoin « pressant et imprévu de sa chose » que « le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ». Si l'on ne tient pas compte de cette atténuation qui s'explique aussi visiblement par la gratuité de l'acte, il faut reconnaître que l'engagement du prêteur est donc, à l'inverse de celui du mandataire, en principe irrévocable. Il suit en cela la règle commune à tous les contrats énoncée par l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette irrévocabilité est celle du droit commun, il ne peut s'agir certainement de l'irrévocabilité spéciale, plus sévère, énoncée par les ar-

(1) V. Pont, *op. cit.*, t. I, n° 385. Le dépôt est un mandat *sui generis de re custodienda*, et t. I. n° 90.

ticles 944 et suivants, qui frappe les donations (ainsi un prêt fait sous condition simplement protestative, serait valable). La solution donnée à propos du prêt deva être étendue au *cautionnement*. Il y a pour cela plusieurs raisons : la structure juridique de cette opération est, comme nous l'avons dit (voir Deuxième Partie, chapitre I, n° II), très proche de celle du prêt. La solidité du lien obligatoire est affirmée, en outre, par le fait que l'obligation se transmet aux héritiers (article 2017), ce qui a lieu aussi dans le cas du prêt (article 1879), mais ce qui n'a pas lieu dans le mandat (articles 2003-2010), et ce qui ne devra pas non plus, pensons-nous, vu l'analogie des opérations, avoir lieu dans le dépôt (1).

(1) Une question assez grave se pose : le fait que l'obligation du mandataire ne passe pas à ses héritiers s'explique-t-elle par la gratuité de l'acte ? On a l'habitude d'expliquer cela comme une mesure non en faveur du bienfaiteur (le mandataire), mais en faveur du bénéficiaire (le mandant). Le mandat est un acte de confiance; le mandant peut ne pas avoir la même confiance dans les héritiers du mandataire que dans celui-ci. L'explication est évidemment fort raisonnable. Il serait cependant utile de se rappeler que le mandant peut arriver au même résultat en exerçant son droit de révocation. Laurent déclare « qu'il a paru plus simple et moins blessant, de faire cesser le mandat de plein droit ». Notons en tout cas ceci : que la non transmission obligatoire des obligations du mandataire à ses héritiers ait pour source la confiance qu'implique l'acte ou son caractère gratuit, la même solution devra être appliquée au dépôt. Celui-ci consiste en service purement personnel et gratuit, d'un autre côté, il se présente aussi comme un acte de confiance.

L'importance qu'il y aurait à choisir entre l'une et l'autre explication se présenterait dans le cas du contrat de bienfaisance type (service personnel gratuit, rendu à quelqu'un sans déplacement de patrimoine). Si on peut toujours ramener celui-

On pourrait expliquer cette différence que l'on trouve entre les deux catégories de contrats de bienfaisance, en disant que le droit de révocation du mandataire et du déposant se comprend, car l'un et l'autre rendent des services qui peuvent se compter au jour le jour, tandis que dans le prêt gratuit et le cautionnement, le service gratuit n'apparaît réellement qu'avec l'achèvement de l'opération. Cette raison est certes, en grande partie justificative des règles différentes que l'on trouve dans l'un et l'autre cas, mais elle n'explique pas tout; elle n'explique pas, notamment, le fait qu'avant toute exécution du contrat, le mandataire peut se délier alors que le prêteur ne le peut pas; elle ne justifie pas cette différence de situation où se trouvent l'un et l'autre bienfaiteurs.

En résumé, nous nous retrouvons en présence des deux catégories de contrats de bienfaisance dont nous avons déjà parlé. Dans les premiers, le prêt, le cautionnement, le lien juridique, créé par le contrat, a la force obligatoire que l'on rencontre dans les autres

ci à un mandat, l'art. 2003, al. 4, devra s'appliquer, mais si cette assimilation n'est pas possible, comme nous le pensons, que devons-nous faire? Cette question est liée avec celle que nous examinons au texte. Des raisons historiques nous expliquent, pensons-nous, la différence de régime qui existe au point de vue de la force du lien obligatoire entre certains contrats de bienfaisance et certains autres. Celles-ci expliquent une moindre force du lien obligatoire dans les contrats consistant en services gratuits ne comportant pas de déplacement de patrimoine tels que le mandat ou le dépôt. Or, ces caractères se trouvent réunis d'une façon essentielle dans le contrat de bienfaisance type dont nous parlons. Notre opinion est donc que, dans ce contrat, les obligations du bienfaiteur, pour les mêmes raisons que celles exposées au texte, ne se transmettent pas à ses héritiers.

actes juridiques. Ils se rapprochent en cela de la donation, où le lien obligatoire créé par le contrat a même une force toute particulière en vertu de la règle « donner et retenir ne vaut » (art. 944 et suivants). Les droits de révocation conférés dans la donation au donateur sont en effet strictement limités (article 953 et suivants) et sont présentés par le Code lui-même comme « des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs » (voir section II, chapitre IV, titre III, livre III). Dans les seconds, le mandat ou le dépôt, ce lien juridique, semble avoir perdu en grande partie sa force. Ceci est d'autant plus curieux à observer, que le mandat est le contrat qui se rapproche le plus du contrat de bienfaisance type et que c'est en grande partie à ses règles que sera soumis le régime de ce dernier (1).

Comment expliquer cette différence?

§ 2. — La meilleure explication nous paraît d'ordre historique, mais nous ne la livrons qu'à titre de suggestion et d'hypothèse. Pour l'établir d'une façon solide, des études poussées et minutieuses seraient nécessaires, ce que nous ne saurions faire ici. Nous n'indiquerons qu'une idée.

Le contrat de bienfaisance nous apparaît comme un vestige, un fossile, oserait-on dire, des périodes préjuridiques; nous verrions volontiers, en lui, l'ancêtre des actes patrimoniaux. Il semble contemporain des périodes où régnait l'économie agricole et familiale, c'est-à-dire de la période des groupes, de la grande

(1) V. Savatier, note D. 25.2.41, p. 44, 2e colonne. (Poitiers, 17 et 18 février 1925.). M. Savatier déclare que le contrat de transport gratuit est un contrat inommé qui sera souumis en règle générale, au régime du mandat.

famille. Ces groupes vivaient en se rendant des services mutuels. Quels caractères présentaient ces services? Nous pensons que pour répondre à cette question, on peut se baser sur les caractères de fait (il ne s'agit évidemment pas de caractères juridiques; au point de vue juridique, les actes, dont nous allons parler, ne peuvent échapper aux catégories de droit actuellement reconnues), que présentent les différents services mutuels que les agriculteurs se fournissent encore, de nos jours, à la campagne, principalement au moment des moissons. Or, l'analyse nous révèle, dans ces derniers, une suite de traits originaux. Ces traits découlent tous du principe suivant : si un service donne droit à un autre service, ce n'est pas tant le service rendu qui crée ce droit à un service analogue, qu'une idée morale, celle de la *solidarité qui lie les habitants du village*. Les services que se rendent les habitants entre eux, sont la conséquence de cette sorte de devoir. Cette source apparaît bien dans les différents caractères que présentent ceux-ci. En premier lieu, ils ne créent pas, au sens propre du mot, une obligation de rendre,. on ne le doit que si on peut le faire. En second lieu, il semble bien que l'on s'occupe peu de savoir si les services donnés et rendus s'équilibrent exactement en qualité et en quantité; chaque partie agit dans la mesure de ses moyens. Enfin, il n'apparaît pas qu'un service rendu pour un service donné, clôture définitivement l'opération. Tant que dure cette sorte de devoir d'entre-aide basé sur la solidarité, la reddition des services mutuels se poursuit. Ceux-ci s'émaillent les uns aux autres pour former une chaîne ininterrompue. Ces différents caractères devaient se retrouver dans

les services mutuels que, durant les périodes primitives, se rendaient les familles et les groupes, avec peut-être une netteté plus grande encore provenant du fait que le lien de solidarité qui unissait les groupes entre eux se présentait sans doute avec le caractère d'un lien familial, dont les devoirs et les obligations étaient accompagnés de sanctions religieuses. Mais, à cette époque, pensons-nous, il n'existait pas de nette distinction entre l'acte gratuit et l'acte onéreux. Celle-ci ne devait s'affirmer que plus tard, à la suite d'une évolution considérable qui devait se produire dans le domaine du droit.

Avec l'affaiblissement des familles et des groupes, la désagrégation de ceux-ci en individus au sein de l'Etat, les devoirs familiaux perdent de leur importance morale et pratique. Ils ne sont plus un rouage économique de la société nouvelle. Quand un individu conclut un acte de nature patrimoniale avec un autre, ce n'est plus un devoir moral qui l'y oblige, ce qui le pousse à cet acte, c'est la recherche de son *intérêt propre, individuel.* A l'économie basée sur les droits et devoirs de famille succède celle basée sur la valeur pécuniaire des objets, c'est-à-dire « le capitalisme ». L'acte patrimonial fondamental devient l'acte à titre onéreux. Mais si ce qui conduit un individu à faire un acte patrimonial est la recherche de son intérêt, on comprend facilement (et ceci est une déduction de pure logique) que ce qui obligera les parties, c'est l'acte lui-même; la force obligatoire qui les lie ne provient plus d'un devoir strictement moral, mais elle a sa source dans l'acte lui-même. C'est par l'acte seul, par leur échange de volontés sanctionné par la loi, que les parties sont liées. On voit alors, pensons-

nous, cette chose curieuse : l'apparition de l'acte onéreux coïncider avec l'apparition de la notion de lien et d'obligation juridique. Cette naissance concomitante est significative, c'est elle qui nous expliquera cette présomption d'ordre rationnel que l'on n'a jamais mise en doute bien qu'elle ne soit exprimée nulle part dans les textes, suivant laquelle, lorsque les parties n'ont pas exprimé leur intention sur la qualification à donner à l'acte, celui-ci est à titre onéreux. Désormais, l'acte patrimonial change de caractère, une prestation donnée oblige l'autre partie à rendre. Les deux prestations étant effectuées, l'opération est éteinte, les parties ne se doivent plus rien. Enfin, pour bien connaître la nature de l'acte, l'appréciation en qualité et quantité des prestations sera indispensable, puisque la base de celui-ci est de nature économique. La pesée des prestations devient une des opérations essentielles dans le droit. Celui-ci se place doublement sous le signe de la balance. On observe alors le fait suivant : la distinction de l'acte gratuit et de l'acte onéreux se fait dans ce nouveau cadre, elle se fait en accord avec les nouveaux principes du droit. Dans l'acte gratuit comme dans l'acte onéreux, la source de l'obligation est dans l'acte lui-même, dans la volonté des parties; en principe, ce lien a une force identique dans l'un et l'autre cas. En outre, l'acte gratuit doit s'adapter à la nouvelle conception de l'acte patrimonial qui est de nature économique. C'est ici qu'apparaîtra la différence qui existe entre cet acte et l'acte onéreux. Ce qui distinguera essentiellement l'acte gratuit de l'acte onéreux est que, dans le premier, un *déséquilibre* dans la pesée des prestations est réclamé par les parties, tandis que dans le second, elles pré-

tendent avoir réalisé un *équilibre exact* entre celles-ci.

Ce qui distingue l'un et l'autre acte, c'est une différence de nature économique. Sur cette nouvelle base, on voit alors le juriste bâtir une notion de l'acte gratuit précise et nette; nous avons un exemple frappant de cette construction avec la donation. La donation devient l'acte gratuit par excellence. Cependant, à côté de celle-ci, un peu dans l'ombre, on distingue un certain nombre d'actes gratuits qui ont, si nous osons employer cette expression barbare, échappé en partie à la « juridification » des actes patrimoniaux; ils apparaissent un peu comme des vestiges de ces actes couramment employés du temps des familles et des groupes. Ces actes on les trouve parmi les contrats de bienfaisance, ce sont ceux qui consistent en services purement personnels sans déplacement de patrimoine, tels que le mandat ou le dépôt, c'est-à-dire ceux qui se rapprochent le plus du contrat de bienfaisance type. L'histoire explique donc la faiblesse du lien obligatoire que nous avons constatée dans ces actes, ils la tiennent des actes primitifs dont ils descendent. Si cette faiblesse du lien obligatoire se constate moins dans des actes tels que le prêt gratuit ou le cautionnement, cela tient à ce que certaines ressemblances de ces actes avec la donation a conduit à les traiter sur de nombreux points, comme celle-ci, et à la faire rentrer ainsi dans les cadres juridiques du droit de nos jours.

§ 3. — Voici pour, terminer, une certaine confirmation actuelle de cette théorie. N'est-il pas intéressant de constater qu'aujourd'hui encore on semble considérer que le contrat de bienfaisance type n'a pas place parmi les opérations juridiques. La majo-

rité des arrêts semble s'être fixée dans ce sens (1); les plus récents affirment qu'un transport gratuit n'est pas un contrat et n'appartient pas au domaine du droit (2). M. Perreau (3), dans un article documenté, paraît avoir adopté ce point de vue : « En thèse générale, écrit-il, tous les actes de simple complaisance ou pure courtoisie, ne donnent naissance à aucun droit, pas plus pour celui qui en profite que pour leur auteur lui-même, et n'ouvrent pas d'action en justice. ». Il en conclut qu'ils ne constituent pas une opération juridique. Comment pourrait-on distinguer notre contrat de bienfaisance type d'un acte de courtoisie ? M. Perreau paraît ne pas admettre que cela puisse se faire, il dit bien « il importera grandement de déterminer si deux personnes n'ont entre elles que des relations obligeantes et courtoises, ou si elles sont tenues, l'une envers l'autre, par un véritable contrat ou quasi-contrat », mais la suite du texte montre qu'en parlant de contrat ou quasi-contrat, il fait allusion à des actes à titre onéreux. Le contrat de bienfaisance type, celui qui consiste à rendre à quelqu'un, par pure complaisance des services, n'aurait pas de place dans le domaine du droit.

Hâtons-nous de dire que cette opinion ne nous paraît

(1) V. la jurisprudence citée dans l'article de M. Perreau, dont nous parlons dans la note 3 de cette page.

(2) V. la jurisprudence citée par M. Josserand, *Les Transports*, n° 799. Certains arrêts, cependant, comme nous l'avons vu, reconnaissent dans le contrat de transport gratuit un contrat innommé et paraissent, par là, reconnaître l'existence du contrat de bienfaisance type.

(3) Perreau, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1914. « *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence* », v. surtout p. 489 et s.

pas exacte, ce contrat est bien un contrat, et comme tel, a une valeur juridique. Le bienfaiteur et le bénéficiaire ne peuvent être obligés, l'un à remplir son obligation, l'autre à l'accepter, mais comme l'a fait remarquer M. Savatier dans une note des plus pénétrante, « loin d'exclure l'idée de contrat, cette constatation s'applique également à tous les contrats de même nature que le mandat gratuit. Bien que résiliables, le mandat et les contrats de même type imposent certaines obligations et certaines responsabilités aux parties. Le Code ne manque pas de le souligner » (1). Nous avons constaté avec plaisir que l'observation de M. Savatier confirme notre thèse sur la fragilité du lien obligatoire dans les contrats de bienfaisance, à savoir que cette fragilité n'est pas spéciale au mandat, mais qu'on la retrouve dans tous les contrats, pour autant qu'ils se rapprochent du contrat de bienfaisance type. Nous avons retrouvée celle-ci dans le dépôt. Mais comment pourrait-on prétendre qu'une sorte de service déterminé rendu à titre gratuit (mandat, dépôt) pût donner lieu à une opération juridique et que le service gratuit rendu d'une façon générale (quand il y a un réel accord de volontés) ne put créer un lien de droit ? Cela serait évidemment inexplicable.

Certes une difficulté semble subsister : comment distinguera-t-on le contrat de bienfaisance type d'un simple acte de courtoisie ? La difficulté n'est qu'apparente; on ne saurait distinguer l'un et l'autre :

(1) Savatier, D. 1925.2.41. Nous avons vu plus haut que dans le mandat, il existe toujours un véritable lien obligatoire entre le mandant et le mandataire.

l'acte de courtoisie est un contrat de bienfaisance type. Comment pourrait-on imaginer que ce contrat puisse changer de nature juridique suivant la valeur économique du service ? Cela n'est pas possible. Durant la vie journalière nous faisons d'innombrables contrats de bienfaisance, opérations juridiques, seulement, une remarque faite déjà à propos des petits commodats retrouve ici sa place : le droit ne tient pas compte des opérations juridiques trop insignifiantes. Les règles des donations n'ont pas été faites en vue des pièces de cinquante centimes dont un père peut gratifier ses jeunes enfants, celles du prêt ne visent pas les prêts de journaux, de même on peut rendre gratuitement à quelqu'un un petit service « lui donner un coup de main » sans mettre en branle les règles juridiques du contrat de bienfaisance type... Mais si le service gratuit devient important, il faudra, pour cette opération, comme pour les autres, appliquer les règles qui la concernent (responsabilité, capacité, etc.).

En un mot, et pour nous résumer, l'extraordinaire fragilité du lien obligatoire dans le contrat de bienfaisance type n'est pas restée inaperçue des yeux de la jurisprudence, qui, le plus souvent, pour cette raison, n'a pas voulu voir dans ce contrat une opération juridique. Mais cette jurisprudence ne s'est peut-être pas assez rendu compte que cette même fragilité existait dans des opérations reconnues par le droit et qui ne sont que des formes particulières du contrat de bienfaisance type. Ce caractère si spécial de ces actes reçoit certainement plusieurs explications, l'une des plus intéressante nous a paru d'ordre historique, car elle justifie en même temps la

séparation qui s'est établie entre deux espèces de contrats de bienfaisance : ceux qui s'apparentent au prêt et ceux qui s'allient au contrat de bienfaisance type.

XI. — *Conclusion.*

Nous voyons, dans cette étude sur le régime gratuit des contrats de bienfaisance, une foule d'indices nous pousser à établir une distinction entre deux catégories de ces contrats : ceux qui consistent *en services purement personnels, sans déplacement de patrimoine,* et ceux dont le service *comporte un certain déplacement de patrimoine.*

Cette distinction reçoit, pensons-nous, une certaine explication historique, comme nous venons de le dire, mais elle reçoit aussi une explication rationnelle, comme nous l'avons montré également dans ce chapitre. Il y a certaines répercussions de la gratuité sur le régime de l'acte qui se justifient par le simple fait de la *générosité* de l'auteur de l'acte, et d'autres par la *diminution de valeur économique* qu'est censé subir le patrimoine du bienfaiteur. Les premières se rencontrent dans tous les actes gratuits, nous les avons retrouvées même dans les contrats de bienfaisance qui consistent en services purement personnels, sans déplacement du patrimoine du bienfaiteur (mandat, dépôt). Nous avons cité comme exemple de celles-ci l'atténuation dans l'appréciation de la responsabilité du bienfaiteur et l'appréciation plus sévère en sa faveur des vices du consentement. Les autres effets de la gratuité s'expriment de la façon la plus complète dans la donation. Il existe cependant certains contrats de bienfaisance tels que le prêt gratuit, le cautionne-

ment, qui aboutissent à un déplacement de patrimoine et, par là, ressemblent à la donation. Le danger d'un appauvrissement définitif qu'ils font courir à leurs auteurs, accentue cette ressemblance. Il s'agit de savoir si certaines règles propres aux donations ne s'étendront pas à ceux-ci. Nous avons vu, à propos de la capacité, du rapport, de l'action Paulienne, que cela pouvait avoir lieu.

Mais, si en principe, on peut appliquer aux contrats de bienfaisance tous les effets de la gratuité qui se justifient par la simple générosité de l'auteur de l'acte, en revanche, quand il s'agit d'étendre aux contrats de bienfaisance impliquant un certain transfert de patrimoine tels que le prêt ou le cautionnement, les règles de la donation qui se justifient par l'appauvrissement du patrimoine du donateur, il y aura lieu d'être plus prudent. Ici la simple ressemblance ne suffit pas pour justifier l'assimilation, il faut trouver encore d'autres indices qui la réclament. Il faut agir dans ce domaine avec circonspection. Prenons un exemple : celui de la révocation des libéralités. L'article 955 déclare : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants : 1° si le donataire a attenté à la vie du donateur; 2° s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices graves; 3° s'il lui refuse des aliments. ». Nous croyons les deux premiers cas applicables à tous les contrats de bienfaisance, même à ceux qui ne comportent qu'un service personnel sans déplacement de patrimoine. Voit-on un dépositaire ou un mandataire non salariés tenus d'exécuter leur obligation alors que le bénéficiaire se serait rendu coupable à leur égard de sévices graves ou aurait attenté

à leur vie! On ne saurait prétendre que ces deux cas sont inapplicables à ces derniers contrats, pour la raison que, dans ceux-ci, le bienfaiteur n'est pas obligé. Celui-ci reste toujours soumis à une certaine obligation, celle établie par l'article 2007 à propos du mandat : celle d'indemniser le mandant dans le cas où la renonciation causerait à ce dernier un préjudice, à moins que, mandataire, il ne se trouve lui-même dans l'impossibilité de continuer son mandat sans éprouver un préjudice à son tour. Or, dans l'hypothèse où nous nous plaçons, il se peut, premièrement, que l'inexécution du mandat cause un préjudice au mandant ingrat et ,en second lieu, que le mandataire ne puisse rattacher le préjudice qu'il éprouve du fait de l'ingratitude du mandant à l'article 2007, car l'alinéa 2 de cet article ne prévoit qu'un préjudice dont la source soit l'exécution du mandat, le sévices du mandant peuvent provenir d'une autre cause. Le mandataire, le dépositaire ne profiteraient-ils pas des deux premiers cas de révocation prévus par l'article 955 à propos de la donation ? Malgré les termes restrictifs du texte, le bon sens, la raison, l'équité, s'opposent à cela. Par contre, l'obligation alimentaire que doit le donataire au donateur est, au contraire, une conséquence du fait que la générosité du bienfaiteur l'a dépouillé d'une partie de son patrimoine. La grandeur exceptionnelle du service seule l'explique. On comprend que le législateur n'ait voulu attacher cette conséquence qu'à certains bienfaits et lui donner un domaine restreint. Il n'y a pas de raisons assez sérieuses pour en amener l'extension au cautionnement et au prêt gratuit. C'est pour le même motif que la révocation pour survenance d'enfants

restera spéciale à la donation et ne pourra s'étendre à ces contrats (1).

En résumé, on doit voir que notre étude sur « le régime gratuit » des contrats de bienfaisance n'aboutit pas à la construction d'une théorie, mais qu'elle essaie de dégager un principe qui, tout en n'ayant pas une valeur absolue, contribuera à éclairer un domaine assez obscur; elle propose un fil directeur dans une matière qui se révèle particulièrement complexe. Mais des études plus minutieuses, plus poussées, qui déborderaient les limites que nous nous sommes assignées, seraient encore nécessaires pour tranformer la « proposition » en certitude et donner un tableau complet du sujet.

(1) Demolombe, t. XX, n° 807 *bis*. Idem Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 298, n° 5.

# TROISIEME PARTIE

## CHAPITRE UNIQUE

### LE DOMAINE DES ACTES A TITRE GRATUIT. L'ACTE MIXTE

SECTION I. — *Principes fondamentaux d'après lesquels on reconnaît le domaine des actes gratuits, des actes onéreux et des actes qui échappent à ces qualifications.*

I. — Un acte ne peut être gratuit ou onéreux que si les parties ont pu le conclure librement. — II. Application de cette idée au régime de la communauté légale s'il est imposé par la loi. — III. A l'exécution d'une obligation naturelle. — IV. Certains actes patrimoniaux échapperaient au titre gratuit parce qu'ils se grouperaient autour de l'idée de famille : l'arrangement de famille, le contrat d'assurance sur la vie au profit d'un tiers, les avantages matrimoniaux. — V. Un acte ne peut-être gratuit ou onéreux que s'il est un acte patrimonial translatif ou constitutif de droit; qualification des actes déclaratifs. — VI. Exiger la liberté d'action des parties dans les actes gratuits ou onéreux n'implique nullement qu'on les réduit tous à des contrats. — VII. Qualification de la gestion d'affaire. — VII. Le domaine des actes gratuits ou onéreux peut-il s'étendre au-delà des actes patrimoniaux ?

SECTION II. — *Le problème de l'indivisibilité de l'acte dans les actes mixtes.*

IX. Qu'est-ce qu'un acte mixte. — X. Comment le qualifier ? — XI. Comment s'est posé le problème de l'indivisibilité de l'acte. — XII. Comment on peut le résoudre : le cas des donations avec charge. — XIII. Le cas des contrats de bienfaisance.

### *Section I. — Principes fondamentaux d'après lesquels on reconnaît le domaine des actes gratuits, des actes*

*onéreux et des actes qui échappent à ces qualifications.*

I. — Il serait faux de croire que la division bipartite des actes en gratuits ou onéreux englobe tous les actes juridiques. Cette division n'a ni l'extension ni la portée de celle des droits réels et de créance, ni même celle des meubles et des immeubles.

Et ceci se comprend car elle ne correspond à aucune nécessité abstraite de logique ou de technique, ce n'est pas un cadre créé par l'esprit pour classer plus facilement les notions; ses bases sont plus solides : elle traduit, dans le domaine du droit, les caractères de deux sortes d'actes qui ont leur existence réelle dans le domaine des faits, deux sortes d'activité de l'homme qui s'opposent l'une à l'autre, tant au point de vue économique que psychologique, que moral.

Certes, comme nous l'avons vu dans notre première partie, cette transcription, dans le but d'accorder ces notions aux nécessités juridiques, doit accuser certains traits, les mettre en relief au dépens de certains autres; mais le décalque ne cesse point pour cela d'être un décalque, les traits essentiels du modèle doivent s'y retrouver. Ainsi, cette classification doit tenir compte d'un élément commun qu'ont entre elles ces deux sortes d'activités opposées, d'un élément dont l'absence rend impossible aussi bien l'une que l'autre : *la liberté d'agir des parties.* Ces deux actes correspondent, chez les parties, à deux façons différentes d'exercer leur liberté. Sans liberté aucune possibilité d'acte à titre gratuit et également aucune possibilité d'acte à titre onéreux. C'est pourquoi on a tort

de signaler la nécessité de cette condition pour la première de ces opérations et de négliger de la faire pour la seconde. Quand Demolombe (1) déclare que la donation n'existe que s'il y a spontanéité d'une part et gratuité de l'autre, il donne la première place à un caractère nullement spécifique de cette opération : car si je ne peux point procurer un avantage à quelqu'un lorsque le futur bénéficiaire a droit à celui-ci, je ne puis non plus faire une affaire avec une autre personne si j'y suis contraint, les deux idées se repoussent l'une l'autre (2). Le domaine des actes gratuits et onéreux sera donc, en principe celui, réservé à la liberté des transactions. La spontanéité est un élément commun aux deux actes. Mais que faut-il entendre par la liberté des parties de conclure l'acte ? Il ne s'agit pas tout d'abord de la liberté nécessaire à la validité du consentement qui est réglée par les articles du Code consacrés aux vices du consentement (articles 114 et suivants), mais de cette liberté qui provient du fait que l'acte n'est pas légalement imposé aux parties ou du fait que l'une de celle-ci n'y avait pas déjà droit avant sa conclusion. Indiquons, en

(1) Demolombe, *Traité des Donations et des Testaments*, t. III, n° 35.

(2) Ceci ressort également de l'importance donnée à l'intention dans l'acte à titre onéreux. L'intention de lucre établit, comme nous l'avons montré (v. Première Partie, chap. I, n° III), l'équivalence entre les prestations alors même que celle-ci n'aurait aucune réalité objective. Théoriquement l'intention joue donc un rôle plus grand dans les actes onéreux que dans les actes gratuits où l'intention libérale ne suffit pas à elle seule et où il faut qu'elle corresponde à un fait susceptible d'une vérification objective. La fonction primordiale de l'intention dans l'acte à titre onéreux postule évidemment la liberté des parties de conclure l'acte.

outre que dans le cas d'imposition légale de l'acte à l'une des parties, celui-ci peut encore, dans certaines circonstances, rester gratuit, mais qu'il ne lui est plus possible d'être onéreux; nous examinerons cette hypothèse plus tard, à propos de la gestion d'affaire (voir n° VII).

II. — Donc lorsque la source première de l'obligation est la loi, il est impossible (nous laissons pour le moment de côté le cas anormal de la gestion d'affaire) de qualifier l'acte d'onéreux ou de gratuit. On ne dira point d'un homme qui paie une amende à l'Etat qu'il lui fait une donation et encore moins qu'il fait avec lui une affaire. L'acte n'est ni gratuit, ni onéreux.

Mais il y a des applications plus intéressantes à tirer de cette constatation. En voici une première : le régime de communauté légale, s'il résulte de la loi, c'est-à-dire s'il provient du fait que les époux n'ont point établi de contrat de mariage, ne peut constituer ni un acte gratuit, ni un acte onéreux. On ne saurait dire que les époux en ne choisissant pas de régime matrimonial, ont entendu, en réalité, choisir celui que la loi leur impose quand ils sont dans cette situation; on ne saurait prétendre que nous nous trouvons en présence d'une convention tacite (1). Cette fiction, comme en général toutes les fictions, n'aurait aucune

(1) Contre la fiction de la convention tacite, v. MM. Nast, (Planiol et Ripert, t. VIII, *Traité pratique de droit civil français.*) Les régimes matrimoniaux, 1re partie, n° 8. Contre cette fiction s'ajoute un argument péremptoire : Comment expliquer, si ce n'est en disant que le régime matrimonial est imposé par la loi, qu'en cas de nullité de contrat de mariage, le régime de la communauté légale s'appliquera toujours, bien que celui-ci puisse être manifestement contraire à l'intention

valeur. Ici elle serait particulièrement inadéquate aux faits, car il est bien certain que la plupart des personnes qui se marient sans faire de contrat de mariage (personnes de la classe ouvrière ordinairement) n'ont aucunement en vue d'obtenir par là un régime matrimonial déterminé; tout au plus peuvent-elles vaguement prévoir une communauté de revenus pour subvenir aux frais du ménage.

Les effets de la communauté légale sur le patrimoine des époux à la dissolution du mariage ne pourront être analysés ni comme constituant des actes à titre gratuit (1), ni comme constituant des actes à titre onéreux, car ces résultats sont imposés par la loi. Certes, on pourrait dire qu'ils découlent d'un acte libre entre les parties : le mariage, mais cet acte a pour but la création du foyer et de la famille et non un résultat pécuniaire précis; si ce dernier existe c'est que la loi l'impose aux époux.

III. — Une deuxième application du principe suivant lequel un acte n'est ni gratuit ni onéreux si les parties n'ont pas la liberté de le conclure, se trouverait dans l'exécution des obligations naturelles.

Arrêtons-nous un moment à l'examen de cette question.

des parties. V. aussi Gounot, *Du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p. 107, 108, 109.

Rouast, *Traité pratique de droit civil français*.

Planiol et Ripert et Rouast, *La Famille*, t. II, n° 646, p. 544.

(1) M. M. Nast, *op. cit.* t. IX. *Régimes matrimoniaux*, 2e partie, n° 962. « Pour ce qui concerne les avantages résultant de l'adoption pure et simple de la communauté légale, on comprend aisément que la loi ne les traite pas comme des libéralités : les époux n'ayant pas fait de contrat, on ne saurait dire qu'ils ont voulu se faire une donation. ». Pour la même raison ils n'ont pu faire ensemble des actes à titre onéreux.

Déjà contrairement à ce qu'on croit ordinairement, l'exécution d'une obligation naturelle ne peut être un acte à titre onéreux (1), car celui qui libère sa conscience ne fait pas une affaire. L'acte à titre onéreux postule la liberté complète des parties, celles-ci agissent sous le signe de l'intérêt. Celui qui libère sa conscience n'agit pas tout à fait librement et son acte est le contraire d'un acte guidé par l'intérêt (s'il n'obéissait qu'à celui-ci le plus souvent il n'exécuterait pas ce devoir de conscience). Son acte s'apparente donc plutôt avec les actes désintéressés (à moins qu'il trouve son intérêt dans sa libération morale, que la paix de sa conscience soit « l'équivalent » de la perte qu'il subit, mais nous nous sommes refusés de voir « l'équivalent », dans la satisfaction procurée par l'acte, car, dans ce cas, tous les actes les plus désintéressées seraient onéreux (Première Partie, chapitre II, n° I).

On objectera, en faveur du caractère onéreux de l'acte, ceci : L'exécution d'un acte onéreux provient d'une obligation; dans notre cas, il y a aussi exécution d'une obligation. Mais on peut opposer à cette façon de voir deux arguments qui la ruinent complètement : Premièrement avec elle nous retrouvons la vieille confusion que nous avons déjà signalée (chapitre II, n° V), confusion entre l'acte et son exécution. On ne peut séparer l'un de l'autre. L'exécution d'un

(1) La majorité, pour ne pas dire l'unanimité, des auteurs déclarent que l'exécution d'une obligation naturelle ne pouvant constituer une donation est un acte onéreux. Planiol, *Revue critique*, 1913, p. 152. *Traité élémentaire*, t. II, n° 337. Colin et Capitant, *Cours élémentaire*, t. II, p. 63. Hamel, *op. cit.*, p. 30. Ray, *op. cit.*, 2e partie, ch. II, p. 120 à 125. Timbal, thèse p. 110. Hémard, S. 05.2.186.

acte onéreux est l'exécution d'une obligation, mais celle d'une acte gratuit l'est également. Quand je fais une donation à quelqu'un, je me lie, quand j'exécute, j'exécute mon obligation. Nous nous retrouvons donc au point de départ; quand il y a acte onéreux, il n'y a pas d'obligation préexistante, l'acte est libre; quand il s'agit de l'exécution d'une obligation naturelle, l'acte ne l'est pas.

Le raisonnement qui apparente l'exécution d'une obligation naturelle à un acte à titre onéreux est à rejeter pour une deuxième raison. Il implique, en effet, que celle-ci est l'exécution d'un acte pré-existant, d'un acte vivant et qui donne préalablement sa valeur à l'opération. Or, cette façon de voir est impossible. Expliquons-nous : on ne veut voir encore actuellement l'origine des obligations naturelles (tout au moins de la plupart de celles-ci) dans une « obligation civile dégénérée », ou bien, autre expression traduisant la même idée, une « obligation civile imparfaite », c'est-à-dire dans une obligation qui, pour différentes raisons a été dépourvue de sanction (exemple : obligation prescrite) ou a été frappée de nullité par la loi (exemple : dettes de jeu, engagement d'incapable). Cet acte, juridiquement sans efficacité, vivrait encore d'une vie inférieure, d'une vie latente, parce qu'une exécution volontaire le rendrait valable (1).

(1) D'après une théorie soutenue dans une thèse fort savante, par M. Savatier (*Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, Thèse Paris, 1916), toute obligation naturelle serait une obligation civile dégénérée. Selon cet auteur, en effet, tout devoir moral a la valeur *d'une obligation juridique*, pourvu qu'il comporte un créancier qui ait intérêt à l'exécution de celui-ci (v. introduction p. 3 et 4); les obligations naturelles, loin d'être, comme

De cet acte « s'échapperait au moment de la mort,

on le croit, des devoirs moraux qui jouissent de certaines faveurs accordées par le droit, sont, bien au contraire, des devoirs moraux auxquels la loi « par un acte formel, renie la sanction de droit commun (p. 286) ...qui se trouvent être l'objet de l'hostilité de la loi (p. 270)». Cette théorie, si brillante que soit la façon dont elle est exposée, ne nous paraît pas cependant bien soutenable (v. la critique de Ripert, *op. cit.*, n° 190). Pour essayer d'identifier l'obligation civile avec le devoir moral et mettre de côté les innombrables cas où cette identification est visiblement impossible, M. Savatier donne une définition restrictive du devoir moral sanctionné par le droit. « C'est, dit-il, celui pour lequel la morale reconnaît non seulement un créancier, mais un débiteur, par *a contrario* : les devoirs moraux qui, exceptionnellement, échappent à la sanction du droit positif... sont ceux pour lesquels la morale reconnaît bien un débiteur mais non un créancier » (p. 272). Mais comment saurait-on reconnaître une efficacité à un critérium aussi vague ,en admettant sa justesse ? Encore celle-ci est-elle sujette à caution; une analyse uniquement morale permet-elle de reconnaître des cas où une personne, tout en étant tenue d'une obligation vis-à-vis d'une autre, cette autre n'y a pourtant pas droit ? Juridiquement, cela est impossible. Comment concevoir que Primus puisse être obligé vis-à-vis de Secundus et qu'en même temps Secundus n'ait pas droit à l'objet de l'obligation de Primus ? Si Secundus n'y a pas droit, c'est que Primus n'est pas obligé, donc qu'il n'est pas débiteur; sans créancier, pas de débiteur.

En réalité, il nous paraît dangereux de vouloir appliquer avec exactitude à un domaine qui échappe au droit, des notions qui n'ont un sens précis que dans celui-ci; on crée ainsi à chaque instant des confusions.

Ainsi, M. Savatier, à propos de l'obligation naturelle, déclare que dans celle-ci il y a un débiteur « moralement tenu » et un bénéficiaire « qui n'est pas moralement créancier ». Affirmation purement gratuite! Pourquoi, par exemple, dans le cas où une femme s'est engagée sans l'autorisation de son mari, le bénéficiaire de l'obligation naturelle n'est-il pas « moralement créancier » ? N'y a-t-il pas là confusion entre une situation juridique et une situation morale? Cette confusion n'est-elle pas visible quand M. Savatier termine en disant que l'exécution d'une obligation naturelle est un acte à

l'âme d'une obligation naturelle » (1). Cette façon de voir, avons-nous dit, est impossible. L'exécution d'une obligation naturelle, en effet, donne naissance à un acte qui n'est relié juridiquement à aucun acte antérieur. Cette démonstration a été supérieurement faite par M. Ripert dans son bel ouvrage sur *La Règle morale dans les Obligations civiles.* « Lorsque, déclare cet auteur, la loi civile retire sa sanction à une obligation, il ne reste rien de l'obligation civile. La distinction entre le droit et l'action est abusive, parce que l'action n'est que le droit en exercice. En supprimant l'action, on supprime le droit. Il n'est pas d'autre obligation que l'obligation civile, car il ne peut y avoir d'obligation qui n'oblige pas » (2). En conséquence, il ne pourra y avoir d'obligation naturelle provenant d'obligation civile dépourvue de sanction (exemple : obligation de restituer du concordataire, obligation éteinte par prescription) pas plus qu'il n'y en aura subsistant à un acte juridique frappé de nullité par la loi (dette de jeu, engagement d'incapable). La première obligation civile est complètement nulle, il n'en subsiste aucune « ombre » sous le nom d'obligation naturelle (3).

titre onéreux pour le débiteur parce qu'il donne ce qu'il doit et un acte à titre gratuit pour le bénéficiaire, car il reçoit ce à quoi il n'a pas droit ? (p. 330, 331).

(1) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, ch. V. « Les obligations naturelles et le domaine de la conscience », p. 346 à 380.

(2) Ripert, *op. cit.*, n$^{os}$ 188, 194. Se rappeler qu'il n'en est pas ainsi dans un contrat de bienfaisance type où une obligation, quelle qu'en soit la fragilité, lie bien les parties entre elles.

(3) Les deux arguments en faveur de la nature onéreuse de l'acte provenant de l'exécution d'une obligation naturelle

Mais ce raisonnement doit nous amener à une autre déduction. Quel sera la source de l'obligation ? Si celle-ci ne peut être une obligation civile, on ne peut non plus dire qu'il s'agit d'un devoir moral sanctionné par le droit, car la caractéristique de cette obligation est justement de n'être pas sanctionnée, de n'être pas obligatoire. En réalité, il faut conclure, comme le fait M. Ripert, les obligations naturelles ne rentrent pas, si on donne aux mots un sens précis, parmi les notions juridiques, elles ne rentrent pas dans le domaine du droit. « Obligés de faire une place aux devoirs de conscience, les juristes les ont baptisés (nom tout à fait impropre) obligations (1). Ainsi habillés décemment, ils ont pu comparaître, apparaître au prétoire. ». Mais ce vêtement n'est qu'un déguisement.

Mais si, pour ces différentes raisons, nous nous refusons à voir un acte onéreux dans l'exécution d'une obligation naturelle, pourquoi ne pourrait-on pas voir dans celle-ci un acte gratuit ?

A première vue, il y a bien des raisons qui militeraient en faveur de cette solution :

1° Si l'on définit, contrairement à ce que nous avons

sont bien mis en relief par cette formule de Timbal, *op. cit.*, p. 116 : « Dès que l'on effectue une prestation à laquelle on était tenu, en vertu d'un lien de droit parfait ou imparfait (obligation naturelle), on accomplit un véritable contrat à titre onéreux : dation d'un objet contre libération d'une obligation. »

(1) V. Planiol, *Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral*, Rev. Crit. 1913, p. 155 : « L'obligation naturelle est donc une obligation non obligatoire et cette contradiction irréductible dans les termes montre que le mot obligation n'est pas ici à sa place : il est exclu par la définition même ».

fait, l'intention libérale par le sentiment de générosité qui pousse le bienfaiteur à accomplir son acte, on ne peut réellement nier qu'elle existe (1). M. Capitant (2) a fait remarquer avec exactitude que l'exécution d'un devoir de conscience n'exclut pas l'intention libérale. Dans l'espèce, notre auteur voulait prouver que la constitution d'une dot par un père pouvait, en même temps, être un acte gratuit et l'exécution d'une obligation naturelle. « Le promettant, dit-il, obéit à sa conscience, il accomplit un devoir moral, mais ce sentiment qui le pousse ne détruit pas le caractère de bienfaisance de l'acte qu'il accomplit; bien au contraire, il l'explique et justifie sa libéralité. L'*animus donandi* existe chez lui bien qu'il ne soit pas aussi pur, aussi désintéressé que chez le donateur, qui ne se sent lié par aucun devoir de conscience. ». Au point de vue de l'analyse psychologique, il n'y a rien à reprendre dans ce raisonnement.

2° Il y a plus : L'exécution d'une obligation naturelle se rapproche encore de l'acte gratuit par le fait qu'elle procure un certain avantage au bénéficiaire de l'acte. Cet avantage provient du fait que l'auteur de l'acte fait un acte qu'il n'était pas tenu de faire. Il

(1) Au contraire, la définition que nous avons donnée de l'intention libérale (ch. II, n° 4), empêche de reconnaître celle-ci dans bien des cas d'exécution d'obligation naturelle. L'intention libérale est un accord de volonté entre le bienfaiteur et le bénéficiaire dans lequel ce dernier reconnaît qu'un « avantage » lui est conféré par l'acte; il est évident que dans bien des cas d'obligation naturelle, cette appréciation du bénéficiaire ne pourra avoir lieu, exemple : dette de jeu.

(2) Capitant, note au Dalloz, 1907, 2.243, p. 243, première colonne. Les auteurs n'ont pas, en général, souscrit à cette analyse. V. Hamel, *Op. cit.*, p. 30. — Planiol, *Rev. crit.*, 1913. — Timbal, *Op. cit.*, p. 116-117.

est inutile d'objecter qu'il n'y a pas avantage parce que la prestation est due; juridiquement, elle ne l'est pas, le fait de l'avoir rendue obligatoire procure évidemment un avantage au bénéficiaire.

Mais alors pourquoi ne pas dire que l'exécution d'une obligation naturelle est un acte gratuit ? Dans la plupart des cas comme elle aboutit à un transfert de propriété, pourquoi ne pas dire qu'elle est une donation ? Un amateur de pure logique, comme Laurent (1) adopte cette solution. Nous ne saurions cependant nous ranger à ses côtés :

1° La création de la notion d'obligation naturelle a eu principalement pour but d'empêcher certains actes de produire les effets des libéralités. Mais il n'y aurait là qu'une raison de « technique » assez contestable en elle-même puisque, comme nous l'avons dit, la qualification gratuite de l'acte est indépendante de son régime.

2°La véritable raison est que la notion d'obligation naturelle adoptée par le Code (article 1235) s'analyse en réalité en une permission donnée au juge de tenir compte de certaines obligations non pas juridiques, mais purement morales, pour pouvoir déclarer que l'acte n'étant pas exécuté en toute liberté par son auteur (étant dû sous un certain rapport à l'autre partie) ne peut être un acte à titre gratuit.

Le Code autorise donc à faire grand cas, pour la qualification de l'acte, de la liberté des parties. Il donne même à cette condition le maximum d'importance, parce qu'il lui permet de produire des effets alors même que sa réalité psychologique est en dé-

(1) Laurent, t. XII, n° 355.

saccord avec les termes stricts du droit. Mais l'importance donnée à cet élément psychologique ne peut pas logiquement être prise seulement en considération dans le cas d'actes gratuits; si on veut être logique, il faut lui donner le même rôle quand il s'agit d'actes onéreux. Or, nous avons vu que dans ceux-ci, la contrainte qui frappe l'une des parties par le fait que l'autre reçoit dans une certaine mesure son dû, détruit psychologiquement l' « onérosité » de l'acte. Cette destruction psychologique devra donc être reconnue par le Code, et c'est donc d'accord avec celui-ci qu'on refusera à l'acte un caractère onéreux. Si les auteurs déclarent que l'exécution d'une obligation naturelle n'étant pas un acte gratuit est un acte onéreux, c'est qu'ils ont pris l'habitude de considérer le titre onéreux comme un vide-poche où l'on peut mettre tout acte patrimonial qui ne peut rentrer dans le titre gratuit. Mais cette façon de voir repose sur une analyse insuffisante de la nature juridique de la qualification de l'acte.

Mais comment qualifier l'exécution d'une obligation naturelle ? L'acte n'est ni gratuit ni onéreux. On ne peut point dire non plus qu'il est mixte, car cela impliquerait que l'on rencontre chez lui de l'acte gratuit et de l'acte onéreux (voir n° IX). Or, si celui-ci se rapproche, à un certain point, des libéralités, il n'a aucun trait de ressemblance avec l'acte onéreux. Contentons-nous d'enregistrer les résultats auxquels nous sommes arrivés. Fixer la qualification juridique exacte de l'acte qui provient de l'exécution d'une obligation naturelle nous paraît être une chose très difficile, pour ne pas dire impossible. En effet, l'obligation naturelle présente un double aspect :

1° Un aspect juridique suivant lequel elle n'est pas obligatoire;

2° Un aspect moral suivant lequel elle l'est.

Le juge donne au deuxième aspect le pas sur le premier. Comment traduire en terme juridique le résultat de cette compromission ? Pour reprendre l'image de M. Ripert, le costume juridique qui revêtirait la notion avec le plus de précision serait de dire qu'elle est une sorte d'intermédiaire entre l'obligation légale et la libéralité; mais comment pourra-t-on jamais ajuster l'une à l'autre deux qualifications aussi contradictoires dans leurs termes ? (1).

Y a-t-il un obstacle dirimant à la solution que nous venons de donner ? Pourrait-on dire que les textes du Code civil s'y opposent ? Pourrait-on dire que les articles 1105 et 1106 du Code civil ne prévoient que deux sortes d'actes : le contrat de bienfaisance et le contrat à titre onéreux ? On pourra répondre que ces deux articles parlent de contrats et, par là, ils entendent tout au moins parler d'actes libres. Si l'on n'admet point cette excuse, nous verrons plus loin que les articles 1105 et 1106 ne s'opposent pas à la création d'une nouvelle qualification juridique (n° IV). Pourra-t-on dire que le Code civil soumet l'exé-

(1) C'est pourquoi on ne saurait admettre, également l'analyse de M. Savatier « La novation d'une obligation naturelle imparfaite a donc un caractère mixte : acte à titre onéreux pour son débiteur, elle ne lui donne pas droit à répétition de ce qu'il a payé. Acte à titre gratuit pour son bénéficiaire, il ne lui permet pas, étant nulle en la forme, de poursuivre en justice son paiement ». *Op. cit.*, p. 331. La logique juridique nous interdit de considérer que dans un même rapport d'obligation, une personne peut être débitrice sans que l'autre soit créancière et *vice versa*. V. plus haut.

cution d'une obligation naturelle au régime de l'acte à titre onéreux et, par là, lui reconnaît sa nature? L'objection est plus grave, mais elle n'est pas non plus justifiée. Il est certain que si le Code déclarait d'une façon nette l'exécution d'une obligation naturelle acte à titre onéreux, nous n'aurions qu'à nous soumettre. Heureusement pour nous, le Code n'a pas lâché le mot, même si ses rédacteurs l'ont pensé. Il n'y a qu'un article (1) au sujet des obligations naturelles, mais excessivement vague, nous profiterons de cette absence de clarté. L'article auquel nous faisons allusion est l'article 1235. Sa teneur est la suivante :

« Tout paiement suppose une dette, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.

« La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. ».

Ce texte ne doit-il pas nous amener à conclure que l'exécution d'une obligation naturelle vaut paiement ? Cela est certain, mais il faut bien remarquer alors que le mot paiement est employé ici comme synonyme d'exécution volontaire d'une obligation et n'a pas le sens restreint qu'on lui donne pour désigner l'acquittement d'un acte onéreux, d'une vente par exemple. L'article 1235 est, dans le chapitre V du Code

(1) On pourrait encore citer l'art. 2012 qui ferait allusion à l'obligation naturelle : « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple dans le cas de minorité ». Mais MM. Colin et Capitant, 4e édit., t. II, p. 74, expliquent que l'obligation du mineur, tant qu'elle n'est pas annulée, vaut comme obligation civile. Cité par Ripert, *op. cit.*, p. 356, note 1.

civil, consacré à « l'extinction des obligations ». L'alinéa 1234 déclare : « Les obligations s'éteignent par le paiement, la novation, la remise volontaire... ». C'est bien l'énumération de tous les modes par lesquels s'éteignent les obligations en général. L'article 1235 étudie donc les modes d'extinction d'une obligation par l'exécution volontaire; ces modes concernent aussi bien les actes onéreux que les actes gratuits.

Mais l'article 1235 présente d'autres difficultés, si on en veut faire une exégèse exacte, sa portée, comme l'a fort bien mis en relief M. Savatier (1) paraîtra bien restreinte, pour ne pas dire nulle. Cet article semble, en effet, vouloir opposer le paiement de l'indu à l'exécution d'une obligation naturelle, mais cela n'est qu'une apparence. Pour plus de clarté, rappelons-en la teneur : « Tout paiement suppose une dette, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition.

« La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. ».

Le paragraphe premier de l'article suppose un paiement fait involontairement, parce qu'on se croit faussement tenu d'une dette; si ce paiement est volontaire, nul doute n'existe : l'acte est une libéralité et il ne pourra donner lieu à répétition de l'indu. Mais ce dernier cas n'est-il pas celui prévu par le paragraphe 2 du même article? Ne sommes-nous pas, dans celui-ci précisément, en présence d'un paiement fait volontairement alors qu'il n'était pas obligatoire ? Si l'exécution d'une obligation naturelle est involontaire,

(1) Savatier, *op. cit.*, p. 317, 318, 319.

elle donnera droit à répétition comme dans le paiement de l'indu; si ce qui n'est pas dû est payé volontairement en connaissance de cause, on n'aura pas plus droit à répétition que quand il s'agit d'une obligation naturelle volontairement acquittée. Quel est donc l'intérêt de rapprochement fait par l'article 1235 ? Le paragraphe 2 n'apparaît-il pas comme tout à fait inutile ? Suivant M. Savatier, « grâce à un concours de circonstances que n'avait pas prévu ses auteurs », on peut arriver à lui sauver la vie *in extremis*. Il n'y a qu'une explication possible : L'acquittement volontaire d'une obligation naturelle ne peut donner lieu à répétition... pour infractions aux règles spéciales auxquelles sont soumises les libéralités. La véritable portée de l'article 1233 est de soustraire l'exécution des obligations naturelles aux règles des libéralités, c'est-à-dire, en définitive, à consacrer le caractère non gratuit de celles-ci. Cette explication est non seulement ingénieuse, mais exacte. Il nous semble, en effet, que c'est bien à ce résultat que vise l'article 1235, même si ses auteurs n'y ont pas directement pensé. L'application stricte des principes juridiques ne peut nous conduire qu'à cette conclusion. Montrons-le. La pensée des rédacteurs de l'article paraît pouvoir se résumer ainsi : L'execution d'une obligation ne peut avoir lieu que s'il y a une dette. L'acquittement d'une obligation naturelle fait volontairement en tant qu'exécution d'une obligation antérieure ne peut pas être répété sous prétexte que cette obligation n'était pas civilement obligatoire (1). Ceci semble évidemment

(1) V. dans les travaux préparatoires du Code civil (Fenet, t. XIII, p. 333 et suiv.), le rapport fait par le tribun Jaubert.

impliquer beaucoup plus l'acquittement d'une obligation naturelle sous les apparences d'un acte à titre onéreux (par exemple, sous la forme d'une reconnaissance de dette) que sous la forme d'une libéralité. Dans cette dernière opération, en effet, le débiteur de l'obligation morale affirme avec éclat un engagement nouveau, dans l'autre opération, son acte de volonté est beaucoup plus ambigu, il feint encore à moitié de se croire obligé par son obligation naturelle antérieure, cause de son nouvel engagement. Mais l'obscurité ne s'introduit-elle pas alors dans le raisonnement juridique ? Ce qui embarasse dans notre texte, ce sont les mots « acquittement volontaire ». Et pourtant, si on veut être logique et clair, il n'y a qu'une façon de les comprendre. Le mot volontaire ne peut signifier que « fait en connaissance de cause », cette connaissance ne peut consister évidemment que dans celle que l'on n'est pas tenu à l'acquittement, sans cela, il y a un paiement par erreur qui donnera droit à la répétition de l'indu. Or, acquitter, sachant qu'on n'est pas obligé, qu'est-ce, sinon faire une libéralité ? Il est impossible de raisonner d'une façon différente. La seule manière de donner un sens au texte de l'article 1235 est donc de lui donner l'explication proposée par M. Savatier. Celui qui a exécuté volontairement une obligation natu-

« Il faut se représenter, dit-il, le débiteur placé entre la loi civile et sa conscience, et qui « refuse de se prévaloir du secours de la loi civile, pour obéir à une loi plus impérieuse, celle de la conscience. » ...« Si un regret immoral le portait à vouloir répéter, sous prétexte qu'il n'aurait pu être civilement contraint, le magistrat le repousserait, rappelant qu'il a satisfait à une obligation naturelle. »

relle ne peut arguer avoir fait une libéralité (pour en réclamer la nullité par exemple), car le Code, nonobstant les principes juridiques, refuse de voir dans cette opération, un acte gratuit. Il ne nous paraît pas douteux, du reste, que sous les expressions maladroites de l'article 1235 l'intention du législateur n'ait été de dire qu'une obligation naturelle influe sur la volonté de celui qui l'exécute et que celui-ci, étant obligé, dans une certaine mesure, ne peut faire un acte à titre gratuit. Il a eu, en même temps, l'heureuse inspiration de ne pas dire que cet acte était un acte à titre onéreux, ce mot nous eût enchaîné et forcé d'appliquer à l'opération une qualification qui n'aurait pas été d'accord avec celle qu'une analyse scientifique conduit à lui donner. En résumé, l'article 1235, tout en paraissant déclarer que l'exécution d'une obligation naturelle n'est pas un acte gratuit, ne dit pas qu'elle constitue un acte onéreux, nous lui en saurons gré; par son silence il ne s'oppose pas ainsi à la nature que nous lui proposons.

On connaît le vaste champ d'application de la notion d'obligation naturelle, nous ne traiterons pas de ce sujet. Essayer ici d'en fixer les limites dépasserait le cadre de notre étude; nous rencontrerons, dans la suite de ce chapitre quelques exemples de ces obligations. Contentons-nous de signaler le cas de la *donation rémunératoire*. Contrairement à ce que pensent les auteurs (1), il ne faut pas dire que s'il y a obligation naturelle de rémunérer les services, la donation se transforme en un acte onéreux : celle-ci

(1) Par exemple Timbal, *Des Donations rémunératoires en Droit romain et en Droit français*, Toulouse, 1924.

devient un acte qui échappe aussi bien à la qualification de l'article 1105, qu'à celle de l'article 1106.

Quel régime appliquera-t-on à l'acte qui est le résultat d'une obligation naturelle, s'il n'est ni gratuit ni onéreux ? La question est embarrassante. Déjà, il y aurait une erreur profonde à croire que le caractère onéreux ou gratuit d'un acte domine tout son régime; son but, la façon dont il est né, la qualité des parties, etc., jouent aussi un rôle prépondérant en cette matière. Ceci montre que l'on ne se trouvera point dans la pénible situation où se trouvait Salomon avant de rendre son jugement. Voici quelques suggestions que l'on peut proposer. Pour voir quelle sorte de régime doit être appliqué à l'exécution d'une obligation naturelle, peut-être y aurait-il lieu de classer ces obligations dans différentes catégories? Il existe, en effet, toute une gradation dans la force contraignante de celles-ci et plus cette force diminue, plus l'acte se rapproche d'une libéralité : ce qui explique l'existence de toute une zone d'actes où l'intention libérale (au sens traditionnel) et le devoir moral peuvent, sans paradoxe, se rencontrer.

A un second point de vue, il y aurait peut-être lieu de tenir compte de l'origine du devoir moral. Est-il né à la suite d'une opération libre entre les parties, qui serait un acte onéreux non reconnu par le droit (défaut de sanction, nullité), le devoir de conscience une fois sanctionné par le droit après son exécution doit être soumis à un régime voisin de l'acte onéreux primitif, car sa source, un accord de volontés entre les parties, est toute semblable à celle qui aurait pu faire naître l'acte à titre onéreux. Sa naissance ne provient-elle pas d'un accord de volontés, son régime

pourra être différent; dans ce cas, la plupart du temps, le devoir moral se présentera avec moins de force contraignante, l'acte se rapprochera d'un acte de bienfaisance (exemple : dot).

On le voit, nous ne faisons ici que des suggestions. L'établissement du régime des obligations naturelles exigerait une classification des devoirs moraux qui ne pourrait se faire qu'après une étude attentive de chacun de ceux-ci.

IV. — Il semble qu'on ait voulu soustraire du domaine des articles 1105 et 1106 du Code civil un certain nombre d'actes patrimoniaux en les groupant vaguement autour de l'idée de famille. Mais après avoir analysé ceux-ci avec un peu de précision, on voit que la raison qui les fait échapper aux qualifications communes est qu'on les relie d'une façon plus ou moins lâche à des obligations naturelles. Examinons trois applications de cette nouvelle idée.

La première n'est pas à retenir.

Il peut exister des contrats destinés à régler les droits patrimoniaux des membres d'une même famille entre eux (1). Convient-il de donner une nature spéciale à ces actes? Zachariae a doté ces opérations du nom « d'arrangements de famille » et déclare que si elles consistent en des donations, elles peuvent être affranchies de formes solennelles, mais aucun auteur (2) n'a voulu leur reconnaître cette prérogative

(1) Zachariae, Massé et Vergé, t. III, n° 74. A vrai dire, l'expression « arrangement de famille », est fort ancienne. C'est elle qu'emploie Pothier, pour expliquer l'art. 1406 du Code civil qui prévoit le cas d'un immeuble cédé par un ascendant à l'un des époux pour acquitter une dette qu'il a envers lui ou envers un tiers.

(2) Demolombe, *Donations*, t. III, n° 53 bis. — Laurent, t. XII, n° 344.

que rien ne justifie. Deux arrêts, dont nous reparlerons, ont cherché quelle était la nature exacte d'une donation faite par un tuteur à son pupille devenu majeur sous la condition que ce dernier n'attaque point le compte de tutelle. L'un de ces arrêts (1) déclare qu'il s'agit : « ...d'un contrat mixte participant du contrat gratuit et du contrat commutatif dont toutes les dispositions sont corrélatives les unes des autres et constituent un pacte de famille indivisible... ». Cet arrêt semble vouloir dégager de l'emprise des articles 1105 et 1106 le pacte de famille. Remarquons déjà que ce nouvel acte ne ressemble en rien à ceux que nous avons soustraits à ces deux articles, il n'est point étranger à leurs deux qualifications, il les implique, au contraire, l'une et l'autre; l'un et l'autre de leurs caractères se rencontrent en lui : il forme, à proprement parler, un acte mixte. Ici l'élément gratuit et onéreux sont intimement unis, mélangés, malaxés d'une façon indivisible, mais on peut remonter par une série d'étapes jusqu'à l'acte mixte où la décantation entre ces deux éléments se fait toute seule, où ils sont simplement juxtaposés, et nous aurons la donation avec charge. Nous ne nions pas l'existence de l'acte mixte (voir section II), mais cette espèce particulière d'acte mixte où l'élément onéreux et gratuit sont unis d'une façon telle qu'il est impossible de bien les distinguer existe-t-elle? Rien, absolument rien, aucune raison doctrinale, aucun argument de texte ne justifient cette nature spéciale du soi-disant pacte de famille. Celui-ci, s'il ne se présente pas en réalité comme l'exécution d'une obligation naturelle, ne

(1) Req. 12 nov. 1867 (D. 69.1.528, S. 68.1.34).

pourra être soustrait aux règles ordinaires de la qualification des contrats. C'est uniquement par application de celles-ci que nous préciserons la nature de l'acte que la jurisprudence vient nous proposer sous le nom de pacte de famille (voir section II, n° XII *in fine*).

Un deuxième exemple de ces actes, qui ne seraient ni gratuits ni onéreux, parce qu'ils se rattachent à l'idée de famille, nous est fourni par une théorie curieuse, jadis soutenue à propos de la nature du contrat d'assurance-vie. Cette théorie, qui n'eût qu'un temps, prétendait que le contrat d'assurance-vie au profit d'un tiers (il fallait supposer que ce tiers était une personne de la famille de l'assuré ou une personne qui lui était reliée par des liens d'affection) n'était pas une libéralité faite au bénéficiaire, mais le paiement d'une indemnité (1). C'était la réparation d'un préjudice causé par la mort de l'assuré. L'opération n'était donc ni gratuite, ni onéreuse. M. Dupuich, dans une note au Dalloz (voir note 1), déclare que l'on ne saurait admettre cette nouvelle qualification parce que le Code n'en prévoit que deux possibles pour les contrats et qu'il n'a point placé une catégorie inter-

(1) Soutenant cette théorie, Lefort, *Traité théorique et pratique du Contrat d'Assurance sur la vie*, t. I, p. 180 et 181. — Carteau, *Traité d'assurance sur la vie*, t. I, n° 83, p. 118. — M. A. Chambellan va jusqu'à admettre que le préjudice réparé peut être moral, *L'intérêt moral et les Stipulations pour autrui*, thèse, Paris 1919, p. 130.

Contre cette thèse, Dupuich, note D. 09. 1. 185 (civ., 4 août 1908). — Balleydier et Capitant, *Assurance sur la vie et Jurisprudence*, livre du Centenaire, t. 1, p. 545-546. — Hémard, *Théorie et Pratique des assurances terrestres*, t. I, n°s 26, 27, 28. — Valloir, *op. cit.*, chap. II.

médiaire entre le contrat de bienfaisance et l'acte à titre onéreux. Cette objection préalable semble assez facile à réfuter : les articles 1105 et 1106 traduisent, dans le domaine du droit, deux aspects psychologiques moraux, économiques, d'un acte patrimonial que font les hommes entre eux; ils reconnaissent, ils ne créent point. Ils ne règlent pas non plus les rapports des hommes, ils se contentent de reconnaître l'aspect économique ou la teinte sentimentale qu'ont ces rapports. Nous avons déjà vu, du reste que le caractère gratuit ou onéreux d'un acte n'implique pas qu'il soit *ipso facto* soumis à un régime déterminé (voir Deuxième Partie, chapitre II, section I, n° II). Pour reprendre une comparaison déjà faite, nous dirons que les articles 1105 et 1106 sont un peu des définitions de dictionnaire égarées dans le Code (avec cette différence toutefois qu'ils ont une force juridique, un caractère impératif, en ce sens qu'un acte doit être d'accord avec leurs termes pour recevoir sa qualification). Dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi l'on donnerait à ces articles l'aspect d'une liste énumérative et limitative et pourquoi on verrait dans ceux-ci la volonté du législateur de ne pas reconnaître un troisième aspect humain que peuvent présenter les rapports patrimoniaux des hommes entre eux?

Nous pouvons donc écarter cette première objection. En réalité, les raisons pour ne pas reconnaître la nature spéciale du contrat d'assurance-vie paraissent plus sérieuses. La théorie, telle qu'elle est proposée, est absolument sans valeur. Par les termes qu'elle emploie, elle évoque une vague idée de faute à la charge du défunt, comme si ce dernier, en quittant ce monde

terrestre, se rendait en même temps coupable d'un délit d'abandon de famille. De toute façon, on ne peut sans humour baser une responsabilité (faute ou risque) de l'assuré sur sa propre mort. La seule explication qu'on puisse admettre pour justifier la qualification proposée, c'est de dire qu'il y a, à la charge de l'assuré, une obligation naturelle de ne pas laisser les siens dans le dénuement après sa mort. Il est à noter que l'existence d'une obligation naturelle de cette sorte est admise par MM. Colin et Capitant et qu'ils expliquent, par celle-ci, la non gratuité des avantages matrimoniaux (1). En définitive, nous revenons à expliquer la nature ni gratuite, ni onéreuse de l'acte, par le fait qu'il est l'exécution d'une obligation naturelle. On ne peut nier que cette nouvelle explication présente une grande force. Mais dans l'état actuel de nos mœurs, peut-on l'admettre? La question est embarrassante. Il est peut-être difficile d'admettre, à l'heure actuelle, l'existence de cette obligation naturelle devant la conscience sociale et de ne pas considérer, au contraire, l'assurance-vie comme ne répondant pas aux sentiments les plus désintéressés d'affection et de famille. Mais, d'un autre côté, on peut penser qu'il s'agit d'une de ces obligations naturelles appartenant à l'une de ces zones éthérées qui pénètrent encore dans le ciel des libéralités et où générosité et devoir voisinent sans se contredire. L'examen des cas d'espèce permettra seul de résoudre ce problème.

Le troisième exemple d'actes qui ne seraient ni gratuits, ni onéreux, parce qu'ils se rattachent à l'idée de

(1) Colin et Capitant, *Manuel*, t. III, p. 223.

famille, se trouverait dans les avantages matrimoniaux qui découlent du régime de la communauté choisi par les époux au moment de leur mariage. On sait que ceux-ci ne sont pas des libéralités (1). Les articles 1516 et 1525 du Code civil ne permettent point qu'on leur donne cette nature. L'article 1525, à propos de la clause suivant laquelle on peut stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un des époux, déclare que cette stipulation n'est sujette, ni quant à la forme, ni quant au fond, aux règles des libéralités, mais qu'elle constitue une « convention de mariage et entre associés ». Les auteurs ont donc refusé de reconnaître le caractère gratuit des avantages matrimoniaux. Ils justifient cette solution de plusieurs façons (2). Certains déclarent que les stipulations du contrat de mariage se compensent les unes les autres, qu'elles sont faites pour rétablir l'égalité entre les époux, qu'en réalité des apports inégaux compensent des dettes ou rémunèrent la collaboration plus active de l'un des associés (assimilée à un apport en industrie); en un mot, ils voient dans les diverses conventions matrimoniales les éléments d'un unique contrat commutatif qu'elles forment si on les considère dans leur ensemble. D'autres déclarent, et avec juste raison, que cette façon de voir est trop absolue, et ils proposent de justifier par une fiction le caractère non gratuit des conventions matrimoniales. Les articles

(1) Si ce n'est quand on se trouve en présence d'enfants du premier lit, art. 1496-1527.

(2) Sur ces différentes solutions, v. Croizat, *La Notion d'Avantage matrimonial*, Rev. crit., 1928, n° 8. — M. Nast, *op. cit.*, 2e partie n° 962 et s.

1516 et 1525 établiraient une fiction selon laquelle aucune intention libérale ne présiderait à la constitution de celles-ci. L'explication est évidemment toute factice, car il est bien certain que nombre de conventions matrimoniales s'expliquent par l'intention libérale d'un des époux, vis-à-vis de son conjoint. Aussi, actuellement, les auteurs semblent s'orienter vers une autre idée : celle d'obligation naturelle, bien que la plupart n'en prononcent point le nom.

MM. Colin et Capitant (1) l'ont cependant eue, cette audace. « La véritable explication, disent-ils, doit être cherchée dans l'intention qui a guidé les époux, lorsqu'ils ont adopté les conventions matrimoniales d'où résulte directement ou indirectement un avantage pour l'un d'eux. Cette intention est souvent de la part de l'époux qui paraît se dépouiller, moins le désir de faire à l'autre une libéralité que celui de lui assurer s'il survit le moyen de subsister convenablement; en d'autres termes, l'avantage envisagé est l'acquittement éventuel de l'obligation qui astreint mutuellement les époux à se mettre réciproquement, même après leur mort, à l'abri du besoin ». Mais, si on peut approuver ces auteurs sur le principe qu'ils énoncent, on peut cependant leur reprocher de définir, d'une façon trop étroite, cette obligation naturelle qui justifie le caractère non gratuit des avantages matrimoniaux. Préciser la nature de celle-ci, analyser sa structure, est du reste bien difficile, ses contours sont flous. La meilleure définition, nous pourrions sans doute l'emprunter à M. Nast (2), quand il dit : « que les époux ont surtout

(1) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 223.
(1) M. Nast, *op. cit.*, 2e partie, p. 370.

en vue d'établir (par les conventions matrimoniales) une égalité entre eux, un équilibre, non seulement pécuniaire, mais plutôt moral, chacun faisant apport de son activité, de son intelligence, de ses relations, etc..., en même temps que de ses biens ». Il y a une sorte de devoir pour les époux d'établir entre eux une égalité morale, une égalité de « société », de s'assurer une situation sociale semblable, les conventions matrimoniales doivent précisément les aider à la réaliser.

Mais ne peut-on pas pousser cette idée encore plus loin : cette « égalité de Société » que les époux doivent établir entre eux ne serait-elle pas requise non seulement par un devoir moral, mais encore par un *devoir légal?* L'article 214 du Code civil précisant le secours que les époux se doivent entre eux déclare que le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon « ses facultés et son état ». La doctrine est d'accord pour déclarer que le devoir de secours et d'assistance de la femme vis-à-vis son mari s'apprécie de la même façon. En pratique, comment mesurer ce que les époux se doivent en vertu de ce devoir d'assistance? Quelle limite fixera-t-on à cette obligation pécuniaire? Un arrêt nous paraît avoir trouvé un critérium très ingénieux et très juste : les limites de ce devoir, dit-il, sont fixées par le régime matrimonial, ce régime apparaît comme une application des articles 212 et 214 du Code civil (1).

(1) Nancy, 6 juillet 1895, D. 96.2.181, S. 97.2.45 : « Attendu que les époux faisant ménage commun, l'obligation qui leur incombe de se fournir des secours mutuels aux termes de l'art. 212 du Code civil, se trouve réglée par les dispositions légales qui, suivant la diversité des régimes matrimoniaux, déterminent la proportion dans laquelle ils doivent contribuer

Le législateur laisse donc aux époux la liberté de fixer entre eux les limites de leur mutuelle obligation de secours et d'assistance, dans le cas où ils ne font pas de contrat de mariage celle-ci se réalise par le régime de la communauté légale. Mais, dira-t-on, le devoir de secours et d'assistance disparaît à la dissolution du mariage; c'est exact, mais c'est alors précisément l'occasion de revenir à l'idée émise par MM. Colin et Capitant, le devoir légal disparaît, mais une obligation naturelle subsiste. Si on omet le cas du divorce où l'époux coupable est déchu des avantages matrimoniaux et que l'on envisage le cas de dissolution par la mort de l'un des conjoints, on comprend très bien que le survivant conserve les avantages créés par le contrat de mariage sans que ceux-ci soient considérés comme des libéralités. On ne comprendrait pas, par contre, que cette « égalité de Société » dont la loi fait un devoir légal, puisse brusquement disparaître et que tous les bienfaits dont le survivant a jadis joui pendant de très nombreuses années, puissent brusquement apparaître comme des donations faites à un étranger. L'époux qui a élevé l'autre conjoint à son niveau de Société et de vie doit, au nom des intérêts sacrés de la famille, lui conserver cette situation même après sa mort.

Une restriction frappe cependant cette liberté laissée à l'application concrète du devoir légal de secours (ou à l'application de l'obligation naturelle qui la suit) il s'agit du cas où il y aurait des enfants d'un premier lit (articles 1496 et 1527 du Code civil). Cette égalité de

aux frais du ménage. » — V. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. II. — *La Famille*, par Rouast, n° 351.

Société que les époux doivent établir entre eux ne peut nuire aux enfants nés d'un premier mariage, elle ne peut servir à diminuer la part qui leur est légalement réservée dans la succesion de leur auteur (article 1098). Dans cette hypothèse, il y a pour l'époux qui a des enfants d'un premier mariage un devoir qui, certes, ne s'oppose pas à l'autre devoir qu'il doit remplir vis-à-vis son second conjoint, mais qui, tout au moins, en limite l'étendue (1).

(1) L'avantage que l'époux reçoit de son conjoint au delà de la quotité disponible établie par l'art. 1098, est-il une libéralité ? Les textes de l'art. 1496 et 1527 semblent bien le dire en renvoyant à l'art. 1098 et en donnant aux enfants du précédent mariage « une action en retranchement » qui n'est pas autre chose que l'action en réduction des libéralités. La majorité des auteurs déclarent qu'il y a une libéralité. Notons que notre opinion sur la nature de l'avantage matrimonial, permet parfaitement, dans l'hypothèse présente, de reconnaître dans celui-ci une libéralité : le devoir moral qui impose cet avantage cesse au-delà de certaines limites, quand on se trouve en présence d'un devoir plus impérieux : celui de ne pas déposséder des biens qui leur reviennent, les enfants d'un premier lit; si cependant cet avantage a été conféré, c'est une idée de libéralité, de faveur qui l'explique.

Il ne nous paraît pas cependant que ce raisonnement puisse toujours se faire, car pour l'appuyer il faut qu'on puisse montrer l'intention libérale du conjoint; dans certains cas, cela paraît bien difficile. On objectera que les articles 1496, al. 2, et 1527, al. 3, établissent une présomption dans ce sens, mais pour expliquer certaines hypothèses où la réalité est par trop contraire à la présomption, on devra déclarer celle-ci irréfragable, c'est-à-die avoir recours à un artifice des plus critiquables. Veux-t'on un exemple : Supposons que l'avantage conféré au conjoint provienne des règles ordinaires de la Communauté légale, imposée aux époux parce qu'ils n'ont pas *fait de contrat de mariage;* supposons, en outre, qu'il n'y ait pas d'enfants d'un premier lit. Nous savons que l'on ne saurait voir dans cet avantage une libéralité parce que la volonté des époux n'y a contribué en rien et qu'il leur est

Ainsi les avantages matrimoniaux que se font les époux ne peuvent être des libéralités, parce qu'on peut voir en eux l'exécution d'une obligation naturelle et

imposé par la loi (v. M .Nast, *op. cit.*, 2e partie, n° 962). Imaginons maintenant que nous nous trouvions dans la même hypothèse et qu'il y ait des enfants d'un premier lit : comment peut-on dire que l'avantage légal est le résultat de la volonté présumée des époux ? Comment peut-on imaginer qu'un effet juridique qui découle de la loi puisse, en présence de certaines personnes changer automatiquement de source et provenir de la volonté des époux ? Cela est rationnellement impossible. Nous devons avouer cependant que dans notre hypothèse, un avantage qui provient uniquement de la loi, en dehors de toute intervention de la volonté des parties, est soumis à l'article 1098 qui concerne les libéralités. Doit-on en conclure que cet avantage est une libéralité et que, par là, le Code reconnaît l'existence de libéralité sans intention libérale ? C'est à cette question essentielle qu'il faut répondre. Tout d'abord, comme nous venons de le dire, on ne saurait objecter que le problème ne se pose pas en prétendant que l'intention libérale existe par le fait d'une présomption irréfragable ou bien en prétendant, détour plus subtil, que la communauté légale imposée par la loi est le résultat d'une volonté tacite : l'explication, dans les deux cas est purement artificielle. Nous nous retrouvons donc devant le problème posé dans sa forme la plus brutale. Le Code lui-même reconnaît-il des libéralités sans intention libérale ? Poser le problème, c'est le résoudre, le Code ne saurait imposer une conception aussi irrationnelle et contradictoire dans ses termes. Le texte même des articles 1496 et 1527, comme l'a bien mis en relief un arrêt de la Cour de Nancy (Nancy, 25 fév. 1891, D. 91.2.353, note Planiol; S. 92.2.65, notre Bourcart), n'impose pas la nature de libéralité à l'avantage matrimonial. En réalité, l'avantage dans l'hypothèse examinée n'est pas une donation (v. l'arrêt de Nancy que nous venons de citer). C'est un avantage légal que cependant le législateur soumet à l'une des règles des donations, la réduction, dans le cas où celui-ci nuirait à d'autres personnes dont il s'efforce de protéger aussi les intérêts. Ce qui corrobore encore cette thèse, c'est qu'en cas de divorce, l'époux coupable qui perd le bénéfice des avantages matrimoniaux ne perd pas cependant ceux qui résulteraient

même celle d'un devoir légal, mais d'après ce que nous savons, il serait juste alors de conclure qu'ils ne sont point non plus des actes à titre onéreux. Or, tous les auteurs leur reconnaissent ce dernier caractère comme si cette qualification s'imposait à défaut de l'autre. Seul M. Croizat (1), dans un article remarquable consacré à la notion d'avantage matrimonial, après avoir montré que la jurisprudence n'applique pas à cet avantage les conséquences qu'imposerait son soi-disant caractère onéreux, conclut à la nature intermédiaire de l'acte. Suivant cet auteur, « les avantages matrimoniaux empruntent leur caractère propre à la physionomie originale de la communauté, association d'une nature toute particulière, fondée sur l'idée de collaboration ». Pour protéger cette association, la loi a voulu soustraire les accords patrimoniaux qui la fondent aussi bien aux règles des actes gratuits que des actes onéreux. Ces constatations sont certes exactes et nous sommes d'accord avec M. Croizat sur la nature des avantages matrimoniaux, mais on peut ajouter à ces constatations ceci : cette nature est non seulement justifiée par une protection particulière de la loi, mais elle découle tout naturellement des principes fondamentaux sur lesquels repose la qualification des actes. La liberté d'agir, nécessaire à la constitution des actes onéreux et des actes gratuits, ne se retrouve pas dans les avantages matrimoniaux puisqu'on les considère comme l'exécution d'un devoir

de la Communauté légale imposée par la loi quand il n'y a pas de contrat de mariage, car, dans ce cas, on ne peut pas dire qu'il y a libéralité (v. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil*, t. II. *La Famille*, par Rouast, n° 646, *in fine*).

(1) Croizat, *op. cit.*, p. 151, 211, v. n$^{os}$ 12, 35 et conclusion.

moral imposé soit par un devoir légal, soit par une obligation naturelle; ceux-ci échappent par là tout naturellement à l'emprise des articles 1105 et 1106.

V. — L'acte provenant d'un devoir légal ou d'une obligation naturelle n'est donc ni gratuit ni onéreux. La raison est qu'il n'est réellement pas un acte libre. N'y aurait-il pas cependant des actes qui, tout en ayant ce caractère, échapperaient à la catégorisation des articles 1105 et 1106? Cette recherche nous permettra d'essayer de préciser le domaine des actes auquel peuvent s'appliquer ces deux articles.

Il y a évidemment beaucoup d'actes libres qui y échappent. Pour commencer, citons les actes extra-patrimoniaux. Il ne viendrait à l'idée de personne de rechercher si le mariage est un acte à titre gratuit ou à titre onéreux. Mais pour l'instant, cantonnons-nous dans les actes patrimoniaux, nous réservant d'examiner, dans la suite, si le domaine des actes gratuits ou onéreux peut s'étendre au-delà de ceux-ci. Par conséquent, essayons de répondre à la question suivante : y a-t-il, parmi les actes patrimoniaux où s'affirme la liberté des parties, des actes qui échappent à l'emprise des articles 1105 et 1106?

Les actes, à propos desquels nous posons cette interrogation, peuvent se classer en différentes catégories; il y a les actes *renonciatifs, confirmatifs, déclaratifs, translatifs ou constitutifs de droits*. En principe, il n'y a que les actes *translatifs ou constitutifs* de droits qui peuvent être gratuits ou onéreux. Pour que l'acte puisse recevoir ces qualifications, il faut en effet que le patrimoine de l'une ou des deux parties ait varié de contenu par le fait de l'autre ou leur fait réciproque. Nous savons que dans les actes gratuits cette variation

consiste dans un « avantage » conféré par l'une des parties à l'autre. Dans les *actes abdicatifs ou renonciatifs,* la solution du problème ne présente aucune difficulté. Ces actes échappent à l'emprise des articles 1105 et 1106. La raison est qu'ils sont purement unilatéraux et ne mettent point en présence deux parties, ils ne transfèrent ni ne constituent des droits. Nous nous sommes plus longuement expliqués à ce sujet à propos des renonciations (voir chapitre III, n° III), nous n'insisterons pas.

La même solution doit être donnée quand il s'agit d'un acte *confirmatif*. Cet acte a pour but de constater la confirmation d'un acte annulable; en lui-même, il ne comporte aucune qualification, il redonne simplement de la vie à celle de l'acte confirmé.

Quand il s'agit d'acte *déclaratif,* le problème devient beaucoup plus délicat. Théoriquement, on ne comprend pas qu'un acte qui atteste l'existence d'un droit préexistant, puisse être qualifié de gratuit ou d'onéreux. Cependant, cela pourra avoir lieu. L'explication de ce résultat extraordinaire provient de ce qu'il y a très peu d'actes véritablement déclaratifs. Il entre dans l'effet déclaratif de beaucoup d'actes une large part de fiction. L'acte est souvent en même temps acquisitif ou constitutif de droit. Nous allons voir cela à propos de la transaction et du partage.

L'article 2044 du Code civil définit ainsi la *transaction :* « C'est un contrat par lequel les parties terminent une contestation né ou à naître ». Or, cette opération semble se renfermer dans une nature contradictoire.

Elle apparaît déjà comme un acte à titre onéreux (1).

(1) Colin et Capitant, *Manuel,* t. II, 3e édit., p. 723. — Guil-

à l'unanimité les auteurs lui reconnaissent ce caractère. L'article 2045 déclare, en effet, qu'elle requiert la capacité de disposer. Elle ne peut porter que sur des droits patrimoniaux (article 2046). Elle se présente bien comme un marché ou « chacune des parties s'engage à faire quelque chose qui est regardé comme l'équivalent de ce qu'on fait pour elle », c'est-à-dire qu'elle rentre dans les termes de l'article 1104 définissant le contrat commutatif.

D'un autre côté, elle apparaît comme un acte déclaratif. Celui qui transige reconnaît le droit antérieur et préexistant de l'autre partie (1). Ce caractère est confirmé par l'article 2052 qui assimile la transaction au jugement. Il ne résulte donc d'une transaction aucun accroissement ni aucune perte du patrimoine des cocontractants, il n'a pas bougé, car l'opération « n'a pas pour but de conférer aux parties des droits nouveaux, mais de reconnaître ceux qu'elles ont déjà » (2).

Et voilà où apparaît la contradiction : comment concilier ce caractère déclaratif de l'acte avec sa qualification d'onéreux? Les parties ne se transmettent mutuellement aucun droit. Reconnaître des droits qui ont toujours existé, est-ce faire une affaire? Pourquoi, si leurs patrimoines ne bougent pas, exige-t-on, des parties, la capacité de disposer?

Or, on ne peut nier l'effet déclaratif de la transaction. En effet, pour qu'il y ait eu translation de droit d'une partie à l'autre, il aurait fallu que cette partie

louard, *Traité des transactions*, n° 9. — Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 24, n° 1206.

(1) Guillouard, *Op. cit.*, n° 3.

(2) Planiol, t. II, 7e *éd.*, n° 2295. — Idem Colin et Capitant, t. II, p. 726. — Laurent, t. XXVIII, nos 393 et 398.

posséda, auparavant, ce droit, ce qui est justement mis en doute dans le litige. Et, d'un autre côté, on s'aperçoit bien que l'opération n'est pas une reconnaissance véritable et sincère de droits possédés antérieurement. Elle n'apparaît pas une recherche juridique désintéressée comme le jugement. Psychologiquement, dans la transaction, les parties ne se reconnaissent pas des droits possédés réellement avant le litige; elles consentent à un arrangement commode, utile, mais non conforme, à leur sens, à la véritable justice. L'opération est essentiellement un marché et non une recherche juridique. Comment, alors, ne serions-nous pas amenés à penser qu'en réalité les droits des parties datent de la transaction? Mais si les parties acquièrent leur droit à dater de l'opération, de qui les acquièrent-elles? Le problème semble insoluble.

Nous pensons pourtant qu'une solution peut être trouvée. La transaction est en même temps un acte constitutif de droit, ce qui explique son caractère onéreux et un acte déclaratif. Voici de quelle manière on peut raisonner :

Le droit reconnu à l'une des parties par l'opération, elle le tient d'elle-même et de l'autre partie; d'elle-même, car elle a toujours affirmé son droit sur la chose; de l'autre partie, non parce que celle-ci lui transfère un droit, car on ne sait si elle le possède, mais parce qu'elle renonce à faire valoir la prétention qu'elle pourrait elle-même émettre sur ce droit. Les deux parties renoncent donc au profit l'une de l'autre à des possibilités de faire reconnaître leurs droits en justice. L'objet du contrat consiste dans ces renonciations. Cet échange de renonciations a lieu suivant une certaine équivalence appréciée par les parties, et c'est

en cela que consiste l'acte à titre onéreux. On voit alors le caractère mixte de l'opération. Elle a bien un effet déclaratif, puisque chacune des parties reconnaît le droit de l'autre, mais aussi un effet constitutif, car cette « déclaration » est l'effet d'un marché. Par l'opération, les parties se « constituent » des droits non douteux.

Epurer un droit litigieux de son vice, grâce à un marché, c'est le constituer. Ceci est d'autant moins douteux, que le marché par lequel on achète la renonciation de l'adversaire à son action, avec une somme d'argent ou grâce à un objet sur lequel ne porte pas le litige réglé par la transaction, a toujours été considéré comme un acte constitutif de droit. Et pourtant qu'est-ce, sinon l'achat d'une reconnaissance d'un droit que l'on prétend préexistant exactement comme dans la transaction. Dans cette dernière opération, on achète la renonciation de l'adversaire avec sa propre renonciation; il y a toujours achat, marché.

Ce caractère de marché est même si important qu'il arrive à effacer l'autre et que c'est lui qui dicte la qualification de l'acte en le rendant onéreux. L'effet constitutif résultant du marché de reconnaissance de droit sera d'autant plus éclatant que le litige a peu de réalité ou est peu sincère, ce caractère artificiel de l'effet déclaratif de la transaction apparaît alors nettement aux yeux de tous.

Arrivons maintenant au *partage*. Dans cette opération, l'effet déclaratif a encore moins de réalité qu'on ne serait tenté de le croire au premier abord.

Examinons l'opération. Le partage sert à réaliser

(1) Planiol, *Traité élémentaire*, 9e édit., t. II, p. 739, n° 2.297.

d'une façon concrète, des droits que l'on possède sur un patrimoine, par là il ne nous fait pas acquérir de nouveaux droits, ceux que l'on acquiert ne le sont pas à un autre titre que celui en vertu duquel on les possédait auparavant. Cependant, analysé avec soin, le partage produit un certain effet constitutif, il apparaît comme un intermédiaire entre un acte simplement récognitif et un acte constitutif. Par cette opération, en effet, un droit est reconnu, mais il est aussi réalisé, constitué, parce que l'effet déclaratif détruit tous les effets de l'indivision : le droit latent obtient une vie concrète et nouvelle. C'est pourquoi on ne peut séparer le partage de l'acte primitif qui a fait naître les droits qu'il réalise, l'un et l'autre apparaissent comme les deux faces d'une même opération; on ne saurait dire que le partage reconnaît la qualification de ce premier acte, celui-ci par lui même est incomplet, la qualification touche l'ensemble de l'opération, elle est commune aux actes qui la forment (1). Mais il y a des hypothèses où nous voyons, d'une façon plus visible encore, l'effet constitutif du partage. On peut, en effet, imaginer des cas où la qualification ne pourra être connue et donnée qu'au moment du partage. En voici un exemple : supposons deux personnes établissant entre elles un patrimoine indivis qu'elles décident de partager à une date fixée, nous supposons,

(1) Cette liaison étroite entre le partage et l'acte qui fait naître les droits à propos desquels il s'exercera, empêche également de considérer le partage comme une opération complètement indépendante et ayant une valeur par elle-même, donc, comme le font certains auteurs, de la considérer comme étant toujours un contrat commutatif, parce qu'en principe, il exige l'égalité des parts.

en outre, qu'au moment de la convention, l'apport des deux parties sur l'indivision soit égale. Si, durant l'indivision, l'un des indivis, dans l'intérêt unique de l'autre, fait tomber de nombreux apports dans l'indivision (on reconnaît dans cet exemple l'ancienne pratique des comptes joints), le partage, bien qu'égal, procurera un bénéfice gratuit à l'une des parties, par lui une libéralité sera réalisée.

En résumé, on voit que certains actes déclaratifs peuvent être soumis aux articles 1105 et 1106, parce qu'ils sont en même temps constitutifs de droits. Le résultat de l'enquête que nous avons menée jusqu'ici nous permet donc de dire : pour qu'un acte soit gratuit ou onéreux, il faut qu'il soit libre, translatif ou constitutif de droits patrimoniaux.

VI. — Les caractères communs de l'acte gratuit et onéreux étant donnés, ce qui distingue ces actes c'est que : 1° dans le premier, un avantage d'une valeur objective existe toujours au profit de l'une des parties tandis que dans le second, il peut indifféremment avoir ou n'avoir pas lieu et 2° que cet avantage est transmis à titre gratuit, c'est-à-dire avec intention libérale dans le premier, ce qui n'a jamais lieu dans le second. Mais nous avons suffisamment parlé de ces différences au début de notre travail; revenons à l'examen du caractère commun des deux actes : la liberté d'agir des parties.

Pour qu'il y ait acte gratuit ou onéreux, il faut naturellement, que deux parties soient en présence, ce qui explique la nature spéciale de l'acte abdicatif, et en second lieu que ces parties entrent librement en rapport l'une avec l'autre, bien que, comme nous le verrons plus loin, cette liberté soit postulée d'une fa-

çon plus essentielle dans les actes onéreux que dans les actes gratuits. Ces deux conditions contribuent bien à expliquer pourquoi nous avons pu analyser l'intention libérale, et d'une façon plus générale la qualification onéreuse ou gratuite de l'acte, en un accord de volontés.

Mais ne va-t-on pas objecter, alors, que cette façon de voir revient à dire que les actes gratuits et onéreux sont des contrats? L'objection n'est embarrassante qu'en apparence. Nous y répondrons en disant que le domaine réel de l'accord de volontés dépasse de beaucoup le domaine restreint que le droit lui accorde en le réduisant au contrat. Les nécessités de la technique juridique seules nous cachent cette vue. Ainsi, prenons les opérations qui se cristallisent autour de la stipulation pour autrui (assurances, fondations, etc...). Nous savons que dans celles-ci le droit du tiers bénéficiaire naît directement en sa personne, qu'il ne le tient pas du promettant. Cependant ce droit imparfait ne recevra sa pleine efficacité que par l'adhésion de ce tiers bénéficiaire à l'acte (art. 1121 du Code civil). A partir de cette époque seulement, l'acte aura une qualification. Que des raisons de technique juridique forcent à dire qu'il n'y a pas eu acceptation du tiers, mais adhésion, ratification, cela ne change rien à la nature profonde de l'acte qui, rationnellement, se présente comme un accord de volontés. Ce que nous venons de dire pour la stipulation pour autrui, nous pourrions le répéter à propos du legs. Les définitions et les classifications juridiques actuelles s'opposent à ce que l'on voie dans le legs un contrat, une sorte de donation avec acceptation *post mortem*, mais cette opposition est aussi d'ordre technique. Notre

droit ne conçoit pas la survie de l'offre à la mort de son auteur, parce qu'il ne conçoit pas une offre irrévocable, mais rien d'un point de vue rationnel ne s'oppose à cette conception. De toute façon, on ne peut nier que le legs est un acte où s'affirme complètement la liberté d'agir des parties. Cette liberté d'action ne peut se traduire que par un acte de volonté. Or, si une opération juridique ne peut se faire que moyennant un acte de volonté des parties, elle sera toujours un accord de volontés, quels que soient les aspects que puisse prendre celui-ci. Aussi devons-nous approuver M. Planiol quand il écrit : « Bien que le testament diffère juridiquement du contrat on conçoit, dans une synthèse supérieure, que ces deux sortes d'aliénations gratuites se réunissent; le legs a besoin d'être accepté comme la donation; la différence dans la donation consiste uniquement en ce que l'acceptation n'a lieu qu'après le décès de l'offrant qui est ici le testateur. Le legs est donc un contrat à acceptation posthume » (1).

VII. — Cependant la liberté des parties que postule la conclusion des actes gratuits n'est pas aussi complète, avons-nous dit, que celle réclamée pour les actes onéreux. Nous allons en voir un exemple avec la gestion d'affaire. La qualification de cette opération sera une exception au principe développé jusqu'ici. De plus, si nous reconnaissons en celle-ci un acte gratuit, nous devrons également reconnaître que chez elle l'intention libérale existe en dehors d'un accord de volontés. Examinons la question : La gestion d'affaire

(1) Planiol, *Classification synthétique des contrats*, Rev. crit., 1904, p. 145, note 1.

peut être comparée à un mandat forcé; une personne rend un service à une autre et l'oblige (sa volonté est sanctionnée par la loi) à recevoir ce service. Or, le Code décide que le mandat est un acte gratuit (article 1986); la gestion d'affaire, opération similaire, devra recevoir la même qualification (1). Dans le mandat, en effet, l'opération reste gratuite, bien que le mandataire ait été remboursé de ses frais et de ses dépenses (2) (article 1999); l'avantage conféré au bénéficiaire consiste dans le prix du service lui-même qui n'a pas été réclamé (3). Dans la gestion d'affaire, le gérant est exactement dans la même situation, il n'a droit qu'au remboursement de ses dépenses (article 1375) le service qu'il rend est également impayé. De plus ce service a certainement une valeur car l'opé-

(1) Jhering, *Evolution du Droit*, p. 69, lui reconnaît ce caractère gratuit. — Laurent, t. XX, n° 331. — Demolombe, t. XXXI, n° 174.

MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XV, n° 2798, déclarent que la gestion d'affaire serait gratuite si le gérant refusait d'être remboursé de ses frais. Mais dans ce cas, la gestion d'affaire se double d'une donation.

(2) Il existe une controverse sans grand intérêt chez les auteurs sur le fait de savoir à partir de quelle date sont dûs les intérêts des dépenses faites par le *negotioruum gestor*. Suivant Laurent, ils ne seraient dûs que du jour de la demande. Laurent, t. XX, n° 331; Aubry et Rau sont d'un avis contraire, t. VI, p. 298, note 12.

(3) Il s'agit évidemment du service rendu par le fait de gérer l'affaire et non du travail matériel fait à propos de celle-ci. Si le *negotiorum gestor* est un ouvrier, et s'il consacre à l'affaire une ou deux journées de travail professionnel, il a droit au remboursement de ce temps de travail. La gratuité de la gestion d'affaire ne provient pas de la gratuité de son travail, mais du fait qu'il n'a droit à aucun salaire supplémentaire pour être spontanément intervenu dans la gestion de l'affaire mise en péril.

ration n'est valable que si elle est utile au maître de l'affaire. Ajoutons comme dernière justification de la « gratuité » de l'acte, que la doctrine classique exige chez le gérant l'intention de gérer pour autrui ce que semble, du reste, bien exiger l'article 1372 du Code civil (1), mais pour éviter des controverses nous supposerons au cours de notre examen une gestion où cette intention se rencontre. Nous trouvons donc dans l'acte : un avantage pour l'une des parties et l'intention de lui conférer chez l'autre, c'est-à-dire à peu de chose près le critérium de la « gratuité ».

Ce qui empêcherait cette « gratuité » serait que l'avantage est imposé de force au bénéficiaire, qu'il est obligé de le recevoir même si en cas normal il l'eût refusé. Mais du moment que l'avantage présente une réalité objective le fait de son imposition ne supprime pas son caractère, il le garde, que le bénéficiaire le veuille ou ne le veuille pas. De même, l'imposition de l'acte ne supprime pas l'intention libérale de celui qui le fait : Rappelons la comparaison des soins donnés de force à un malade, l'imposition de l'acte n'en fait pas disparaître le caractère charitable. Une deuxième objection serait de dire que, dans notre cas, le critérium de la gratuité est incomplet, car l'intention libérale de répond pas à la définition que nous en avons donnée, elle ne consiste point en un accord de volontés. Nous serions alors en présence du dilemme suivant : ou reconnaître l'erreur de notre définition, ou refuser le caractère d'un acte gratuit à la gestion d'affaire.

(1) En sens contraire, Frouin, *La Notion juridique de la Gestion d'affaire*, thèse Bordeaux, 1907; v. 2e partie : Conditions de la Gestion d'affaire.

Nous pensons cependant ne point nous trouver dans cette triste situation. Quand, en effet, nous avons analysé l'intention libérale dans un accord de volontés, nous nous trouvions en présence d'un acte que les deux parties étaient absolument libres de conclure ou de ne point conclure. Nous avons voulu que la volonté créatrice des parties soit placée sur pied d'égalité, que leur part dans la création de l'acte soit strictement égale et que l'une d'entre elles ne puisse pas le qualifier à l'insu de l'autre. En outre, comme l'acte gratuit et l'acte onéreux peuvent, en fait, conférer tous les deux un avantage aux parties, force est à celles-ci de décider entre elles à quel titre elles se confèrent cet avantage ou plus exactement de dire si, dans leur opération, elles reconnaissent ou ne reconnaissent pas à cet avantage de fait le caractère d'un avantage juridique.

Dans le cas présent, les conditions sont complètement différentes : la loi permet à la volonté d'une seule personne d'en lier une autre à condition que le résultat de l'acte soit en faveur de cette autre. La volonté du bénéficiaire n'a aucune part créatrice dans l'opération et n'a aucun droit à revendiquer. En second lieu, il n'y a aucune difficulté pour savoir si l'avantage de fait peut être juridiquement considéré comme un avantage, puisque la loi, après avoir déterminé celui-ci, reconnaît ce caractère (elle le fait dans le mandat et on applique la solution à la gestion d'affaire).

Cependant il reste encore une idée essentielle à mettre en relief pour justifier la gratuité de la gestion d'affaire. Si elle peut avoir lieu, bien que l'acte ne soit pas entièrement libre pour les deux parties, elle

ne peut exister cependant que si l'une d'entre elle a agi librement, elle ne peut exister que parce qu'il reste dans l'acte une demi-liberté. C'est cette demi-liberté qu'il nous faut préciser; en le faisant, nous verrons en même temps pourquoi l'acte onéreux ne peut s'en accommoder.

Pour répondre au problème posé, il faut faire une distinction entre le cas où l'auteur de l'acte y est obligé et le cas où le bénéficiaire est obligé par le fait du premier. Dans le premier cas, l'acte n'est pas gratuit, car le bénficiaire ne reçoit aucun avantage, il reçoit ce qui *lui est dû;* et il n'est pas non plus onéreux, car l'une des parties étant obligée d'agir, ne peut faire une affaire.

Dans le second cas le bénéficiaire est bien obligé contre sa volonté, mais l'acte peut être gratuit, car *il ne reçoit pas ce qui lui est dû,* il peut donc en retirer un avantage. Par contre, l'acte ne peut être onéreux, car la personne obligée par le fait même de cette obligation, ne peut plus faire « une affaire », les notions de contrainte et d'affaire sont psychologiquement incompatibles.

Ces explications paraissent sans doute un peu subtiles, mais nous croyons à leur exactitude; elles étaient nécessaires pour faire comprendre le problème particulièrement difficile que pose la qualification de la gestion d'affaire.

VIII. — Et maintenant, examinons une dernière question : le domaine des actes gratuits et des actes onéreux peut-il s'étendre au-delà des actes patrimoniaux ?

Dans le domaine de la famille, les individus sont soumis à des devoirs les uns envers les autres, ces

devoirs sont sanctionnés par la loi, la contre-partie de ceux-ci sont des droits. Il ne viendrait à l'idée de personne de dire que le père, en exerçant, suivant l'expression commune « son métier de père », procure des avantages à titre gratuit à ses enfants; un devoir non seulement moral, mais légal l'y contraint. Il en est de même du tuteur vis-à-vis son pupille.

Il existe cependant des cas où l'avantage créé par le droit familial qui s'exerce en faveur d'un individu apparaît comme la suite d'un accord de volonté librement débattu entre les parties. Nous laisserons de côté le mariage; dans cette institution naturelle que le droit organise, l'accord des volontés ne vise pas un avantage procuré par l'une des parties à l'autre (1), (ainsi la protection de la femme par le mari), mais un résultat plus élevé, une vie commune à laquelle tous les deux participent d'une façon égale, la création d'un foyer, la création d'une famille. Mais il est une autre institution du ressort du droit familial où il semble bien que l'accord des volontés n'a d'autre but que de procurer à un individu à la charge d'un autre, les avantages qui résultent du droit de famille : nous voulons parler de *l'adoption*. C'est un désir de bienfaisance qui pousse l'adoptant à son acte. Dans cette institution, un accord de volontés préalable entre les parties (2) décide que l'une procurera à l'autre ce bienfait.

(1) Nous ne nous occupons pas, évidemment, du Régime matrimonial, mais de l'institution elle-même.

(2) Il y a un accord de volontés entre les parties, mais celui-ci ne peut-être analysé comme constituant un contrat ordinaire. V. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. I. — *Les Personnes*, par R. Savatier, p. 16, t. II. — *La Famille*, par A. Rouast, n° 1030. V. ce que nous disons plus haut, n° VII.

On a déjà dit plus haut (chapitre I, n° V) que l'on avait jadis considéré l'adoption, ainsi que l'ancienne tutelle officieuse, comme des contrats de bienfaisance (1). Cette analyse serait d'autant plus permise aujourd'hui que, depuis la loi du 19 juin 1923, l'adoptant ne succède plus à l'adopté et que l'on ne voit plus l'avantage matériel qu'il pourrait retirer de l'opération. Un vieil arrêt de la Cour de Cassation (2) n'a point voulu, cependant, reconnaître à l'adoption le caractère d'un acte gratuit, mais les raisons théoriques qu'il donne pour justifier sa solution sont sans valeur. Son argument principal est que l'adoption crée des obligations réciproques entre les parties; mais nous avons vu que la réciprocité des obligations ne supprime pas la gratuité de l'acte. Les droits que les articles 352 et 353 du Code civil attribuent à l'adoptant ne peuvent être considérés comme une contre-

(3) Grand Rép. Dalloz, *Obligations, contrats de bienfaisance et adoption*, n° 229. L'expression contrat de bienfaisance est du reste assez impropre, car cet acte gratuit semble assez difficilement rentrer parmi les catégories d'actes à titre gratuit connues. C'est un contrat gratuit *sui generis*, qui comprend des actes de disposition (fourniture de vêtements, nourriture, etc...) et des services gratuits nombreux, dont la force obligatoire spéciale provient du lien familial artificiellement créé. — Le caractère gratuit de l'adoption est bien marqué par le fait que le Code avait prévu une adoption rémunératoire. L'art. 345 permettait d'adopter celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots. Seul un bienfait aussi grand pouvait récompenser un service aussi considérable. Laurent, t. IV, p. 276 et 295. Ici l'adoption se présentait comme l'exécution d'une obligation naturelle. On pouvait donc la considérer comme n'étant ni gratuite ni onéreuse. Dans les autres cas, l'adoption était un acte gratuit.

(1) Cassation, 1er mai 1861, D. 61.1.213.

partie des avantages qu'il procure à l'adopté, car ils lui sont justement conférés en vue de faciliter l'exercice de sa bienfaisance. Le droit de garde et de correction sont évidemment en faveur de l'enfant. Le consentement au mariage est surtout une mesure de protection dans l'intérêt du mineur. Quant à la pension alimentaire que l'adopté peut devoir à l'adoptant, elle se justifie, pensons-nous, principalement par la reconnaissance qu'il lui doit. Le donataire ne peut-il pas, lui aussi, être appelé à fournir une pension alimentaire au donateur ? Celle-ci ne détruit pas cependant la gratuité de l'acte.

Il est vrai que l'on peut contester la légitimité de la comparaison entre les deux pensions alimentaires et refuser de rattacher celle prévue par l'article 955 du Code civil à celle que l'article 205 indique comme découlant des devoirs créés par la parenté. Des raisons de technique permettent peut-être cette séparation encore qu'elles soient assez subtiles (1), mais des

(1) Ces raisons, les voici : On dit que la pension alimentaire de l'art. 955 n'est pas une obligation civile imposée au donataire, parce que si une obligation de cette sorte résultait de la donation, elle en serait une charge, une condition et le refus de l'acquitter devrait, entre les causes de révocation, être classé parmi les cas d'inexécution des conditions prévues par l'art. 954. Le donateur peut donc se prévaloir du refus de pension alimentaire pour demander la révocation de sa donation, mais il n'a pas une créance pour la réclamer, de sorte que, dans les cas où la donation est irrévocable, il n'a aucun moyen de pression pour en obtenir l'exécution du donataire. (V. *Semaine Juridique*, 17 janvier 1929, sous trib. de Lille, 1re ch., 3 mai 1928, p. 94-95, note signée H. M.). Cette analyse juridique est peut-être exacte, quoiqu'elle ne soit pas généralement admise, mais elle ne fait apparaître entre les deux pensions alimentaires qu'une différence d'ordre technique qui n'empêche nullement qu'au point de vue moral,

raisons plus profondes relient ce que l'interprète des textes délie. Comment expliquer dans le pur domaine des droits patrimoniaux, cette obligation du donataire, sinon par un lien de solidarité morale créé entre lui et son bienfaiteur? Le droit ne légalise-t-il pas un devoir moral ou de conscience, ce qui est principalement la caractéristique du droit de la famille? Si la donation devait être considérée comme une opération ne relevant que du droit patrimonial, le législateur aurait dû envisager d'un œil froid les relations de deux patrimoines entre eux, sans sanctionner en outre les sentiments moraux dont font preuve ces relations. La pension alimentaire due par le donataire (comme son devoir de non ingratitude vis-à-vis le donateur), conséquence anormale d'une opération patrimoniale rapproche celle-ci du droit de la famille. Ce rapprochement apparaîtrait peut-être encore d'une façon plus visible si l'on pouvait montrer qu'historiquement, de la donation, résulterait une véritable entrée du donataire dans la famille du donateur. Nous relevons en note quelques indices d'une idée qui pourrait être utilement fouillée (1). Mais

psychologique, social, toutes les deux soient justifiées par les mêmes motifs et qu'elles aient la même origine historique.

(1) Nous pensons qu'au cours de l'histoire, la donation devait provoquer l'entrée du donataire dans la famille du donateur et l'astreindre comme tel aux devoirs d'entr'aide que celle-ci exige de ses membres. La donation devait se doubler d'une adoption. Mais cette justification historique peut-elle se faire ?

Sans donner une démonstration, on peut relever des indices qui tendent à en affirmer la réalité. Si on remonte au droit romain, on voit que la loi Cincia ne frappe pas de ses limitations les parents ou les assimilés qui constituent à eux seuls les *personnas exceptæ*. La raison de cette mesure provient sans doute de ce que l'on ne considère la donation comme

même si l'on refuse toute assimilation entre la pension alimentaire qui découle du droit familial et celle qui a sa source dans la donation, comment pourrait-on nier que, dans le cas qui nous occupe spécialement ici, toutes deux aient le même fondement moral? Comme celle dûe par le donataire au donateur, celle due par l'adopté à l'adoptant s'explique par la reconnaissance qu'il doit à son bienfaiteur.

Quel intérêt y a-t-il à qualifier d'acte gratuit une adoption ? Disons-le tous de suite, aucun intérêt pratique. Le régime de cet acte a été réglementé avec soin par le législateur, son caractère familial spécial ne peut, en principe, nous permettre de lui appliquer par analogie des règles propres aux actes gratuits patrimoniaux (voir cependant IIe Partie, chapitre II, section II, n° 5). L'intérêt théorique que présente cette

un acte véritablement normal que si elle a lieu dans les cercle de la parenté. A l'époque barbare, on aperçoit nettement des donations faire rentrer le donataire dans la famille du donateur, il s'agit de celles qui consistent en remise de terres : concession de bénéfice ou de fief. Le bénéfice — le caractère gratuit de l'opération est bien marqué par le mot de « bénéfice » — astreignait le concessionnaire à des services basés sur un lien de subordination comparable à celui des enfants vis-à-vis de leur père. Les vassaux entrent dans la famille agrandie du seigneur, le droit du temps les appelle « vassi », mais aussi, nom tout à fait significatif de la nature de leur lien de dépendance, « pueri ». Ils sont membres d'une famille que les chansons de geste placent au-dessus de la famille naturelle.

D'autres indices de l'idée que nous avançons pourraient encore se trouver dans l'histoire, mais nous ne saurions entreprendre ici une étude historique. Si par celle-ci on arrivait à démontrer la connexion de l'idée de libéralité et de famille, nul doute que bien des caractères des obligations du donataire se trouveraient par là même singulièrement éclairés.

qualification méritait, au contraire, d'être noté. Nous apercevons, avec celle-ci, un cas curieux où la définition de la gratuité s'insère dans un domaine qui, en principe lui est interdit : Un accord de volonté librement conclu entre deux parties et fait uniquement dans le but de procurer à l'une d'entre elle un avantage, rend l'acte gratuit, même si cet avantage relève du droit de la famille. Cette hypothèse marque une des extrêmes limites du champ d'application de la définition.

## Section II. : *Le problème de l'indivisibilité de l'acte dans les actes mixtes.*

IX. — Au cours de ces études, nous avons défini le domaine juridique réservé aux actes gratuits et aux actes onéreux; on a précédemment montré suivant quel critère on peut séparer ces deux sortes d'actes; une dernière question se pose : n'y a-t-il pas certains actes qui réunissent en eux cette double qualification, qui empruntent à l'une et à l'autre et qui seraient mixtes? Comme on le voit, nous séparons *l'acte mixte* où la qualification onéreuse et gratuite se rencontre d'un acte qui échapperait à l'une et à l'autre. L'acte mixte a tous les caractères communs aux actes gratuits et onéreux : il est libre, translatif ou constitutif de droits patrimoniaux, mais en outre il réunit aussi les caractères spécifiques de chacun de ceux-ci. Dans l'autre acte, les traits communs à l'acte gratuit et onéreux font défaut (ainsi la liberté pour les parties de le conclure est absente — ou il n'est pas translatif ou constitutif de droits patrimoniaux); il ne saurait donc rece-

voir l'une ou l'autre qualification. On voit ainsi qu'entre les articles 1105 et 1106, il y a place pour plus d'une catégorie juridique. Il y a une catégorie intermédiaire qui réunit en elle les caractères de l'onérosité et de la gratuité et une autre qui les repousse également. Nous donnerons seulement le nom d'actes mixtes aux actes de la première catégorie.

Il n'y a pas, pensons-nous, grande variété d'actes mixtes. Nous n'avons pas reconnu l'existence du « pacte de famille », acte où les éléments gratuit et onéreux seraient mélangés d'une façon telle qu'il serait impossible, même intellectuellement parlant, de les séparer. En réalité, tous semblent pouvoir se ramener à la libéralité avec charge. Cependant, le cas du contrat de bienfaisance, opération où l'élément gratuit apparaît au milieu d'un acte dont la structure semble onéreuse, demandera un examen particulier (voir n° XIII).

Certains auteurs ont voulu reconnaître une nature mixte à la donation rémunératoire (1). Mais celle-ci est une donation pure et simple quand le donateur n'y est obligé par aucune obligation préexistante; elle est d'une nature spéciale qui échappe entièrement au titre gratuit et onéreux (voir section I, n° III) quand elle est l'exécution d'une obligation naturelle.

X. — Bien que les actes mixtes réunissent réellement des caractères communs aux actes gratuits et aux actes onéreux, un grave problème se pose à propos de ceux-ci : doit-on, dans le domaine juridique, leur reconnaître cette double nature? Plus exactement, le

(1) Ray, thèse, 2e partie, ch. II, p. 106.

problème se pose dans les termes suivants : Doit-on reconnaître à l'acte mixte une dualité de nature et dans ce cas quelle influence aura-t-elle sur son régime? Doit-on donner à l'acte une seule nature, et dans ce cas quelle sera celle-ci : gratuite ou onéreuse? C'est le grave et délicat problème de l'indivisibilité des actes juridiques que nous venons de poser. Essayons de le résoudre.

Celui-ci a été soulevé à propos de la *donation avec charge*. Cette opération doit-elle ne recevoir qu'une qualification ou doit-on lui en reconnaître une double: elle serait à la fois gratuite et onéreuse?

XI. — En théorie pure, le problème peut se résoudre d'une façon mathématique. L'intention libérale est exprimée; pour que la donation disparaisse, il faut qu'une contre-prestation d'une valeur égale l'annule. Si petite soit la supériorité de la donation sur la contre-prestation, elle vaut comme donation : dans la mesure de sa valeur, l'avantage et l'intention libérale subsistent. Si je donne 150 francs à une personne pour qu'elle m'achète un objet qui vaut 149 francs, il est évident que je lui fais un don de 1 franc. — En sens inverse, si je donne 150 francs à une personne pour qu'elle m'achète un objet d'une valeur de 1 franc, je lui fais une donation de 149 francs.

Mais cette appréciation mathématique n'est pas toujours possible; de plus, il ne serait pas raisonnable de vouloir l'appliquer d'une façon absolue. Dans la pratique, quand la charge du donataire grevé est insignifiante par rapport à la donation, avec juste raison on n'en tient pas compte; en sens inverse, si cette charge est extrêmement considérable, on ne tient pas compte de la donation très minime qui l'accompagne.

Dans le premier cas, on considère l'acte comme gratuit pour le tout et dans le second comme entièrement onéreux.

Sur ces points, les auteurs sont d'accord. En effet, Toullier (1), Demolombe (2), Aubry et Rau (3), partisans de la maxime : « *pars major trahit ad re minorem* » donnent à celle-ci un champ d'application restreint, ils ne l'envisagent que dans le cas de charge insignifiante. En dehors de ces hypothèses, ils reconnaissent le caractère mixte de l'acte (4). Tout le monde souscrira à cette solution sage et modérée.

Mais voici une question grosse de difficultés qui se présente. A partir de quel chiffre pourrait-on considérer la charge ou la donation comme ne comptant pas? En d'autres termes, dans quels rapports la charge

(1) Toullier, t. V, n° 185.

(2) Demolombe, *Traité des donations et des testaments*, t. XX, n° 52.

(3) Aubry et Rau, t. XI, § 701, p. 308.

(4) Ainsi ils ne font pas de cette maxime l'application que l'on en fait dans le régime de la communauté à propos de l'échange d'immeuble avec soulte : acquis en échange d'un propre, il s'agit de savoir si celui-ci reste propre ou tombe en communauté. Pour résoudre ce problème, on a proposé (à côté de bien d'autres solutions) la solution suivante : on regarderait si la soulte atteint ou n'atteint pas la moitié de la valeur totale de l'opération. Si elle n'atteint pas cette valeur, le contrat garde son caractère d'échange et l'immeuble est propre. Dans le cas contraire, il y a achat, l'immeuble tombe dans la communauté. (Colin et Capitant, t. III. — Guillouard, t. II, n° 466.)

M. Coin-Delisle, *op. cit.*, ne reconnaît pas aux donations onéreuses le caractère d'actes mixtes et il attaque sur ce point Toullier : « Les art. 945 et 1121 disent formellement qu'une donation peut être soumise à des charges... et par conséquent, la donation avec charge est un contrat de même ordre que la donation absolue (*op. cit.*, p. 27, n° 17).

et la donation devront-elles être pour qu'on considère l'acte comme un acte mixte?

Aurons-nous recours aux mesures proposées par Demolombe? Celui-ci déclare : « Il se peut que le caractère gratuit soit contrebalancé, en quelque sorte, par son caractère onéreux, parce que la valeur des services rendus serait de la *moitié environ, un peu plus ou un peu moins* de la valeur de l'objet donné; dans ce cas, l'opération serait mixte, *negotium cum donatione* (5). Si on interprète bien la pensée de Demolombe, une donation, accompagnée d'une charge qui en représenterait le quart de la valeur, serait gratuite pour le tout. Cette solution est certainement arbitraire et elle n'implique nullement l'insignifiance de l'élément dont on ne doit pas tenir compte. Il faut se résoudre à dire, que dans cette matière, les chiffres sont impossibles à donner et qu'il y a là une question d'espèce remise à l'appréciation du juge.

XII. — Si nous écartons les cas extrêmes où l'acte ne reçoit certainement qu'une seule qualification, si nous nous trouvons en présence d'un acte où l'élément gratuit et onéreux ne se trouvent pas dans un rapport par trop déséquilibré, toutes les difficultés ne seront pas résolues parce que nous aurons appelé cet acte, acte mixte. La question qui se pose alors est celle de savoir dans quelle mesure les éléments gratuits et onéreux, qu'on rencontre chez lui, influenceront son régime? Le problème, comme on le verra, est assez compliqué. Abordons-le cependant : raisonnons sur le cas de la donation avec charge.

(1) Demolombe, t. XX, *Traité des donations et des testaments*, n° 50, p. 40.

En premier lieu, il semble bien qu'une seule forme s'impose : celle des donations simples. Nous avons, pour admettre cela, une raison de texte, l'article 945 du Code civil, qui se trouve dans la section du Chapitre IV consacrée à « la forme des donations entre vifs ». Celui-ci décide que « les dettes ou charges » doivent être exprimées dans la donation ou dans un état annexe, c'est-à-dire que les donations avec charge sont soumises pour le tout aux formes des donations (1). Quand il s'agit de l'application des règles de fond, la division de l'acte doit-elle on ne doit-elle pas se faire? On ne peut répondre d'une façon absolue. Ici les textes sont insuffisants pour nous dicter la solution du problème. Peu s'en occupent. Tout au plus peut-on citer les articles 954 et 956 du Code civil qui parlent de révocation pour inexécution des conditions. Il est tout naturel d'entendre le mot condition d'une façon étendue et d'y comprendre les charges (2). Mais si les textes nous renseignent peu, comment raisonnerons-nous? Psychologiquement la donation avec charge peut-elle s'analyser dans un acte à titre gratuit qui s'accompagne d'un acte à titre onéreux (vente ou location de service). Pothier (*t. de la vente n°* 613) avait fait cette analyse. Aubry et Rau (3) qui avaient jadis adopté ce point de vue l'ont, dans la suite, abandonné. « Ce procédé de décomposition, disent-ils très justement, est contraire à ce qui, dans ces sortes de donations, se passe entre les parties, à la nature du « *quod gestum* ». Le donateur n'entend pas disposer à titre

(1) Laurent, t. XII, ch. V, sect. III, n° 341.

(2) Coin-Delisle, *op. cit.*, p. 276, n° 2. H. Capitant, *De la cause des obligations*, p. 450, n° 201.

(3) Aubry et Rau, t. XI, p. 334, § 705, note 6.

gratuit d'une quote-part seulement des biens et faire de surplus l'objet d'une vente. Quand au donataire, il n'entend pas acheter une partie quelconque des biens; il accepte la donation comme telle pour la totalité des biens cédés. La réalité est que le donateur donne moins et que le donataire reçoit moins ».

Cette analyse est en partie exacte. La portion onéreuse de l'acte ne peut devenir un acte juridique séparé, tant que les parties ne l'ont pas voulu. Il n'y a qu'une seule émission de volonté, et par conséquent qu'un seul acte. Cependant, il ne serait pas conforme à la réalité de tenir pour partie négligeable cet élément onéreux de l'opération. Quand on considère l'opération sous un certain angle, on peut en faire abstraction; mais considéré sous un autre, son importance apparaît comme fort grande. Expliquons-nous:

Au point de vue des effets qui se rattachent directement à la valeur pécuniaire (1) de l'opération, on peut négliger l'élément onéreux de l'acte. Il s'établit à l'intérieur de l'acte une espèce de compensation mathématique entre une fraction de la donation et la valeur des charges qui y correspondent. L'élément onéreux (représenté par le montant des charges) n'a qu'un effet destructif, purement négatif, il apparaît à l'intérieur de l'acte comme l'ébauche d'un acte onéreux avorté qui serait une espèce d'échange; c'est un poids mort, il restreint simplement le domaine de la donation comme une ombre sans vie diminue celui de la lumière. Les conséquences que l'on peut déduire de cette observation sont les suivantes : si le donataire est un

(1) V. Tribunal civil de Lille, 1re ch., 5 mai 1928. *Semaine juridique*, 17 janvier 1929, p. 94, 95, note signée H. M.

des héritiers du donateur, le rapport sera diminué du montant des charges; s'il y a lieu à réduction, celle-ci n'atteindra que l'élément purement gratuit de l'acte; il en sera de même s'il y a révocation pour ingratitude ou survenance d'enfant (1); si le donataire paie une pension alimentaire au donateur, celle-ci sera calculée sur le montant purement gratuit de l'opération. Il est du reste bien évident que les parties ne peuvent avoir l'intention de faire supporter au donataire, outre les charges imposées par l'acte, celles de la donation étendues à la totalité de l'opération. De l'effet purement négatif de l'élément onéreux, on peut encore tirer les conséquences suivantes : le donateur n'aura pas le privilège du vendeur en cas d'inexécution des charges. Le donataire évincé ne jouit pas, dans la mesure des charges qui lui ont été imposées, d'une véritable ac-

(1) Coin-Delisle, *op. cit.*, commentaire, art. 953, p. 272, n° 11. Cet auteur a une autre explication des effets limitatifs qu'opère la charge à l'intérieur de la donation. S'il y a limitation dans l'effet de la révocation, de la réduction, du rapport, cela est l'application « d'une règle d'équité » suivant laquelle « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » (*op. cit.*, commentaire art. 894. n° 16, note). Mais peut-on admettre cette application automatique du principe du non enrichissement sans cause à l'intérieur même d'une opération juridique prévue par le Code ? M. Coin-Delisle déclare, en effet, qu'à aucun point de vue, la donation avec charge ne peut apparaître comme un contrat innommé et que le Code, par les art. 945 et 1121, lui confère un nature absolument identique à la donation simple. En réalité, la donation avec charge est une opération d'une nature spéciale, dès la conclusion les parties décident que le montant de la donation sera égal à la donation totale, moins la charge. Dans le cas où le donataire grevé se verrait demander un rapport ou infliger une réduction pour le tout, il aurait, pour réclamer, mieux qu'une simple action de *in rem verso*, une véritable action née du contrat lui-même.

tion en garantie à laquelle se trouvent rattachés les effets déterminés par les articles 1630, 1631, 1636 du Code civil. Quand il s'agit de l'action Paulienne, s'il n'y a pas complicité du donataire, celui-ci ne devra restitution de la donation que déduction faite de la charge. Que décider s'il y a complicité de sa part? A notre avis, l'ensemble de l'opération doit être annulé. Ce n'est pas que la partie onéreuse de l'acte reprenne la valeur d'un acte onéreux accolé à une donation; rien ne justifierait cette transformation, mais la fraude doit frapper de nullité l'acte dans son ensemble, dans toutes ses modalités.

Mais dans d'autres cas, a-t-on dit plus haut, l'élément onéreux de la donation avec charge reprend une importance certaine, il renaît à la vie juridique oserait-on dire, car à l'intérieur de l'acte unique, résultat d'un seul accord de volonté, il joue le rôle de cause (1). M. Hamel, dans des développements que nous avons rappelés, a bien mis en relief le caractère synallagmatique de la cause dans ces sortes de donations. La cause est le fait de l'autre partie : si le donateur fait une libéralité au donataire, c'est qu'il entend que celui-ci exécute les charges attachées à celle-ci; si le donataire exécute les charges, c'est qu'il entend bénéficier de l'élément purement gratuit de l'acte. On le voit, la principale valeur de l'élément onéreux vient de ce qu'il rentre dans la cause de l'acte. Comment s'étonner alors que l'inexécution des charges rende l'acte nul pour le tout? C'est également parce que la charge joue le rôle de cause dans l'acte qu'on doit donner au donateur une action pour obliger le donataire à la rem-

(1) V. chapitre II, la définition de la Cause.

plir (1). On le voit, l'indivisibilité de l'acte que l'on fait de nouveau intervenir après avoir semblé l'écarter tout à l'heure, reçoit une explication simple et naturelle.

Cette définition de la cause dans les donations avec charge, va nous permettre de résoudre une question assez curieuse qui s'est posée plusieurs fois dans la pratique. A vrai dire, il s'agit non d'une donation avec charge, mais d'une donation (2) conditionnelle, le problème reste cependant le même, car dans notre hypothèse, les notions de charge et de condition paraissent se rejoindre. Un tuteur fait une donation à son pupille devenu majeur moyennant renonciation de sa part d'attaquer son compte de tutelle (3). Cette clause, dans les cas qui se sont présentés, était nulle, car elle n'était pas faite conformément aux prescriptions de l'article 472 du Code civil, et pour cette raison, sa nullité ne fit jamais aucun doute. Mais cette nullité admise, il se posa le problème suivant : devait-on considérer l'opération comme un acte gratuit et appliquer l'article 900 du Code civil; dans ce cas, la condition tomberait et le donataire conserverait la donation?

Devait-on considérer, au contraire, l'acte comme un acte onéreux, la condition étant une véritable contre-

(1) Aubry et Rau, 5e éd., t. XI, § 706, texte et note 11. Mais c'est surtout l'ouvrage de M. H. Capitant qu'il faudrait citer; celui-ci (*op. cit.*, nos 208, 209, 210) montre que le droit de révocation pour inexécution des charges prévu par l'art. 954, a le même fondement que l'art. 1184, et nous donne un tableau très complet des conséquences qui en découlent.

(2) V. Capitant, *op. cit.*, p. 450, la distinction de la charge et de la condition.

(3) Req., 12 novembre 1867 (D. 69.1.528. S. 68.1.34). Pau, 3 mars 1869 (D. 69.2.203).

partie en faveur du donateur : dans ce cas, l'art. 1172 devait jouer et l'acte être annulé en entier?

Devait-on considérer l'acte comme mixte et, dans ce cas, que devait-on faire?

La jurisprudence fit cette dernière analyse et en face du choix embarrassant qui s'offrait à elle d'appliquer l'une ou l'autre des deux solutions précédentes ou de les appliquer cumulativement, elle fit pencher la balance en faveur de l'élément onéreux de l'acte, en faisant application de l'article 1172. En vérité, son raisonnement est d'une incroyable obscurité, car, tout en déclarant l'acte mixte, elle indique que la condition joue comme contre-partie et rend l'acte commutatif, ce qui est évidemment contradictoire (1). L'avocat général Lespinasse (2) fit un examen plus juridique de la question. Il déclare qu'il vaut mieux donner la prédominance à l'élément gratuit de l'acte sur l'autre, mais qu'en définitive, la solution la plus juste et la plus rationnelle est de diviser l'acte en deux et d'appliquer à la partie onéreuse l'article 1772 et à la partie gratuite, l'article 900, comme s'il y avait véritablement deux opérations accolées ensemble.

En réalité, les deux solutions sont inexactes. L'acte auquel nous avons affaire est un acte onéreux parce qu'il est aléatoire. Au moment où l'auteur de l'acte fait la donation, il ignore quelle sera la valeur pécuniaire de la charge qu'il impose. Le donataire-pupille s'engage, en effet, à ne pas attaquer le compte de tu-

(1) V. notamment les motifs de l'arrêt du 3 mars 1869 (D. 69.2.203), le même raisonnement chez Demolombe (*Traité des donations et testaments*, t. I, n° 16).

(2) Sous l'arrêt cité ci-dessus, voir le rapport de l'avocat général Lespinasse.

telle, cela veut dire que si ce compte fait ressortir une somme qui lui est encore due par le donateur tuteur, il s'engage à ne pas la lui réclamer. Cette somme sera-t-elle inférieure ou supérieure à la donation, on ne le sait pas encore. La charge sera-t-elle supérieure à la donation, le donateur gagnera à l'opération; sera-t-elle inférieure, il perdra. Le Code déclare qu'un risque de ce genre rend l'acte onéreux (art. 1104, alinéa 2), quelles que soient, du reste, les intentions de son auteur (v. chapitre III, n° II, § 2 et n° 4). Dans l'espèce, l'article 1172 devra s'appliquer.

Mais si on suppose que la valeur pécuniaire de la charge peut être connue dès la passation de l'acte, et que celle-ci est inférieure à la donation, l'acte est bien d'une nature mixte. Cependant, dans cette hypothèse, l'article 1172 s'applique également à l'ensemble de l'acte. Nous en connaissons déjà les raisons : nous avons montré que la décomposition de l'acte mixte en deux actes, telle que la préconise M. l'Avocat général Lespinasse, est impossible. L'article 1172 s'applique, non parce que la condition joue dans l'espèce le rôle d'équivalent de la donation, car dans ce cas l'acte ne serait pas mixte mais onéreux, mais parce que la condition en apparaît réellement comme la cause et le rend à ce point de vue indivisible.

Il n'y a pas à craindre que l'article 900 oppose un obstacle infranchissable à cette façon de voir. On connaît l'interprétation restreinte qu'on en donne. Cet article n'a, en effet, aucune base rationnelle, il ne reçoit qu'une explication politique remontant à la Révolution française. La doctrine et la jurisprudence l'ont bien compris. Pour expliquer l'article 900, elles déclarent qu'il ne s'applique qu'aux conditions ou aux

charges auxquelles le donataire ne tenait pas essentiellement, en un mot, à celles qui ne sont réellement pas « cause » de l'acte (1).

XIII. — Peut-on poser le problème de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'acte à propos des contrats de bienfaisance? Nous avons vu, dans un chapitre précédent, qu'on peut dégager l'élément gratuit de ces actes. Pourrait-on détacher celui-ci pour en faire un acte à part qui s'accompagnerait d'un acte onéreux(2); faire de l'opération un acte double; dire par exemple que le prêt gratuit est une sorte de dépôt d'un capital dans le patrimoine d'autrui auquel se joint une donation des fruits, et si l'on prend un prêt de consommation (ainsi un prêt d'argent) dire que c'est l'avance d'un capital qui s'accompagne d'une donation des intérêts. Ici, la réponse est simple, les textes du Code qui déclarent ces actes à titre gratuit (prêt à usage, art. 1876; dépôt, art. 1917; dépôt, séquestre, art. 1957; mandat, art. 1986) nous interdisent de les considérer autrement que comme des actes purement gratuits. Abstraction faite du secours du Code, la chose ne serait, du reste, pas toujours possible. Reprenons le cas du prêt de consommation gratuit. Cette opération ne peut se décomposer en une avance qui serait remboursée exactement sans gain ni perte, et une donation de la jouisance de cette avance, c'est-à-dire de ses intérêts. Certes, cette double opération peut nous mon-

(1) V. H. Capitant, *op. cit.*, nos 203 et 204.

(2) Il s'agit ici de la possibilité d'une division à l'intérieur du contrat de bienfaisance. Certains de ces contrats peuvent s'accompagner d'un acte à titre onéreux; ainsi cela aura lieu dans un mandat où le mandataire fait des avances au mandant. Le mandat s'accompagne d'un prêt à titre onéreux, nous sommes en présence de deux actes séparés.

trer, par une comparaison exacte « à quoi revient » un prêt gratuit; par une opération aussi complexe, on pourrait arriver au même résultat économique, mais elle ne correspond nullement à la véritable nature juridique du prêt à titre gratuit. La nature juridique du prêt est une, parce qu'elle correspond à l'unité psychologique de la volonté qui l'a émise. Cette volonté ne veut pas faire une avance complétée par une donation d'intérêts; elle veut créer, au profit du bénéficiaire contre elle-même (1) un droit unique d'une espèce particulière, la simple jouissance (à titre gratuit) d'une chose. Certes, dans le prêt de consommation, le prêteur transmet bien la propriété de la chose mais ce transfert n'est fait que dans le but de pouvoir en faire jouir; le but de l'opération n'est donc nullement un transfert de propriété (voir chapitre IV, n° VI) On pourrait objecter qu'il s'agit, dans cette discussion, d'une chicane de mots sans importance, car de toute manière on ne peut nier que l'emprunteur reçoit la propriété des intérêts de la somme prêtée; il peut en user comme il l'entend. Cependant, ce résultat qui paraît évident est absolumuent inexact. Pour s'en apercevoir, il faut faire un raisonnement sans doute un peu subtil, mais dont l'exactitude est non moins certaine. Le prêteur ne peut même d'une façon indirecte transférer la propriété des intérêts à l'emprunteur, car à son égard, les intérêts n'ont pas d'existence juridique individuelle, le bénéfice qui en est conféré à l'emprunteur naît dans le patrimoine de ce dernier; ce bénéfice, il ne fait que caractériser le droit créé à son profit sur l'activité du bienfaiteur, il n'ajoute pas

(1) V. ch. IV, n° 4, la définition du contrat de bienfaisance.

un droit à un autre, il ne sert qu'à sertir, limiter, dessiner la figure d'un droit unique : le droit à la jouissance d'une chose.

Au contraire, la remise des intérêts dans une donation d'intérêts, s'ajoutant à l'avance d'une somme d'argent, les fait, vis-à-vis du prêteur, naître à la vie juridique; ils entrent dans son patrimoine, s'individualisent, vivent d'une vie indépendante; ils représentent, en quotité, une valeur égale à la jouissance, mais ils ne sont plus partie intégrante de ce droit, psychologiquement et juridiquement défini par une manière d'être, une manière de se comporter vis-à-vis une chose. Ils sont un capital individualisé, particulier, et sur celui-ci peut porter toute la gamme des droits et, par conséqueut, le droit de propriété.

# CONCLUSION

Nous voici arrivés à la fin de notre étude; le lecteur courageux, qui nous a fait l'honneur de nous accompagner jusqu'ici, a droit à un légitime repos. Mais nous ne voudrions pas, au moment de le quitter, lui laisser l'impression d'un voyage fait de digressions fantaisistes et sans suite; nous voulons lui rappeler la route parcourue, et lui résumer les résultats que nous avons cru obtenir au cours de celle-ci.

Trois questions sont étudiées dans ce travail, trois questions qui, logiquement, se relient l'une à l'autre. Si nous modifions le plan que nous avons suivi et que la clarté de l'exposé imposait, ce sont les suivantes :

1° Quel est le domaine réservé aux actes à titre gratuit et aux actes à titre onéreux?

2° Comment distingue-t-on un acte à titre gratuit d'un acte à titre onéreux?

3° Quelles sont les différentes catégories d'actes à titre gratuit?

On peut facilement répondre à la première : Si on considère la classification des actes en actes gratuits et onéreux, on s'aperçoit que celle-ci n'est pas purement arbitraire, mais qu'elle est le décalque dans le droit de deux aspects de l'activité économique de l'homme. Or, cette activité, dans l'un et l'autre cas, présente des traits communs d'où la nécessité de ne reconnaître, comme juridiquement gratuits ou onéreux, que les actes où l'on retrouve ces caractères essentiels. Ceux-ci sont les suivants : il faut

1° que l'acte mette en présence deux parties;

2° que celles-ci soient libres de le conclure;

3° que sa conclusion amène un changement dans le patrimoine des parties en présence. On traduit ce dernier résultat en disant qu'il faut que l'acte soit « translatif ou constitutif de droit ».

Parmi ces différentes conditions, nous avons insisté particulièrement sur la liberté de conclure l'acte dont doivent jouir les parties. Cela se comprend : en réalité, si on regarde les conditions que nécessite leur existence, les notions d'acte onéreux et d'acte gratuit sont la traduction dans le droit de la liberté dont jouissent les hommes de disposer de leur patrimoine; sans nul doute, sous un régime de communisme intégral, ces notions disparaîtraient.

La délimitation du domaine des actes à titre gratuit et à titre onéreux ainsi faite, une question se pose immédiatement. Comment distingue-t-on un acte à titre gratuit d'un acte à titre onéreux? Suivant quel critère reconnaît-on la « gratuité » d'un acte? Cette question demande une réponse précise, car le Code donne à la classification gratuite ou onéreuse d'un acte la valeur d'une catégorie juridique. Cette définition de la gratuité, nous pourrons la donner : il faut se rendre compte, en effet, que la notion juridique de celle-ci ne doit pas avoir toute la complexité et la souplesse qu'elle peut présenter à un point de vue purement moral ou psychologique. En décalquant cette notion dans le droit, nous n'en garderons que quelques traits précis et bien appuyés. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le but poursuivi par le juriste en notre matière, ne vise qu'à l'organisation des rapports des hommes entre eux sur le plan patri-

monial. C'est pourquoi, dans la définition proposée, on donnera la première place à l'élément économique; l'avantage conféré par le bienfaiteur au bénéficiaire de l'opération sera mis en vedette. Ce qui intéresse principalement le législateur, c'est cet avantage et non les états d'âme, plus ou moins complexes, dans lesquels la générosité fait son apparition. C'est à un résultat tangible et matériel qu'il accorde toutes ses faveurs. Certes, pour qu'un acte soit à titre gratuit, il est nécessaire qu'une intention libérale soit exprimée, mais l'avantage apparaît comme la pierre angulaire sur laquelle doit reposer toute la théorie de la « gratuité ». Cela ressort d'une maniere frappante de la définition même de l'intention libérale. Celle-ci s'analyse presque toujours en un accord de volonté par lequel deux parties conviennent que dans l'acte un avantage sera conféré à l'une d'entre-elles seulement. On doit s'en tenir aux termes de cet accord. La simple expression de l'intention libérale, à la seule condition qu'elle soit corroborée par l'existence d'un avantage, suffit sans qu'on ait, en outre, à en examiner la qualité ou même la réalité au regard de la morale. L'avantage justifie donc essentiellement la valeur de l'intention libérale; vu l'importance de son rôle, on ne s'étonnera pas que nous ayons exigé qu'on puisse le vérifier suivant les données d'un critère objectif.

La découverte d'un critère de l'Acte à titre gratuit, amène tout naturellement à se demander quelle sera l'influence de la gratuité sur le régime de l'acte? Nous n'avons examiné qu'une partie assez peu connue de ce vaste problème. Si nous laissons de côté l'observation qu'il n'est pas de la nature de la qualification d'imposer à l'acte, d'une façon absolue, tel ou

tel régime, nous apercevons qu'il existe trois grandes catégories d'actes à titre gratuit, dont la gratuité détermine chez chacun un régime différent : ce sont les *Donations,* les *Libéralités à cause de mort,* les *Contrats de Bienfaisance.* Les deux premières sont connues, la troisième, par contre, ne semble pas avoir attiré beaucoup l'attention. Son étude présente toutefois un puissant intérêt. Un des principaux objets de cette thèse a été de la mettre en relief, d'en dégager les lignes principales. Nous avons déjà cherché comment on pouvait la définir et la distinguer des deux autres catégories d'actes gratuits. La réponse nous a parue assez simple : la donation et le contrat de bienfaisance se distinguent des libéralités à cause de mort par la manière dont est procuré l'avantage gratuit : dans les deux premières opérations, celui-ci existe toujours du vivant du bienfaiteur; dans les libéralités à cause de mort, sa naissance et son exécution n'ont lieu qu'à la mort de ce dernier. Ce qui distingue, au contraire, la donation du contrat de bienfaisance, c'est une différence dans la nature du droit conféré par l'avantage. Cette différence correspond à la distinction des droits réels et des droits de créances. La donation fait naître, en définitive, une obligation de donner, de transmettre un droit réel à titre gratuit à la charge du bienfaiteur; le contrat de bienfaisance fait naître à sa charge une obligation de faire, celle de rendre gratuitement un service.

Cette dernière définition nous a amené à cette constatation que le contrat de bienfaisance-type, c'est-à-dire le contrat par lequel une personne s'engage gratuitement à rendre un service à une autre, quel que soit ce service, n'est pas même prévu et cité par le

Code civil, bien que tous les contrats de bienfaisance nommés par les textes ne fassent qu'en extérioriser des aspects particuliers.

Le régime des donations et des libéralités à cause de mort est trop connu pour qu'on insiste. Peut-on parler, par contre, d'un « régime gratuit » propre aux contrats de bienfaisance? Nous avons essayé de résoudre cet épineux problème, le lecteur a vu les nombreuses difficultés qu'il présentait. Sans prétendre que les contrats de bienfaisance soient dotés, sous l'angle de la gratuité, d'un régime tout à fait original, on peut montrer cependant que ce régime se sépare sur de nombreux points de celui des contrats et des libéralités à cause de mort et présente souvent des traits curieux. En fait, il n'apparaît pas d'une parfaite homogénéité, on devrait plutôt parler de deux régimes gratuits des contrats de bienfaisance : l'un de ceux-ci est plus proche que celui de la donation et régit certains contrats qui, par leur structure, se rapprochent de celle-ci; l'autre est plus original, mais d'une importance moindre. Mais nous ne présentons cette construction que comme un essai; dans notre droit actuel, la question du « régime gratuit » des contrats de bienfaisance apparaît comme un problème dont la solution soulève bien des difficultés. Les singularités, les traits particuliers que révèle l'étude de ces contrats recevraient, sans nul doute, un supplément d'explication grâce à l'histoire, celle-ci mettrait plus vivement en lumière bien des lignes que nous avons dégagées par la seule analyse; elle justifierait probablement certains aspects assez surprenants du régime de ces contrats. Il y aurait là le sujet d'une intéressante étude à faire, mais que nous n'avons pu entreprendre ici.

Telles sont, en définitive, les principales idées qui ont été développées dans ce travail. Un reproche lui sera peut-être fait : celui d'avoir voulu traiter, d'une façon théorique, une matière qui s'y prêtait peu. Nous ne croyons pas à la justesse de cette observation. Les joies de la spéculation abstraite ne nous ont pas conduit à établir de nouvelles catégories juridiques inutiles et arbitraires. Celle des contrats de bienfaisance existe en fait et n'est pas niable; celle des actes à titre gratuit a une valeur légale. La jurisprudence, il est vrai, considère la qualification gratuite ou onéreuse d'un acte comme une question de fait qui ne met pas en œuvre des principes juridiques; une partie de la doctrine a tendance à adopter cette manière de voir.

A notre avis, cela est fort critiquable. En laissant carte blanche à l'interprète, on l'amène forcément à ne plus considérer une catégorie juridique que comme un « procédé », elle devient, pour lui, un moyen qui peut lui permettre d'arriver à tel ou tel résultat pratique. On dégrade ainsi les notions juridiques, elles ne sont plus que d'honorables façades derrière lesquelles se cache une liberté abusive laissée à l'interprète. En agissant ainsi, on les ruine intellectuellement et moralement et l'on jette sur la science du droit un soupçon qui finira par n'être pas plus effaçable que la tache de sang sur la main de lady Macbeth.

Mais cette façon d'agir que nous condamnons, nous ne l'ignorons pas, semble jouir, au contraire, des faveurs du jour. Ce qui préoccupe le juriste d'aujourd'hui, c'est le problème de l'adaptation du droit à la vie sociale; ce qui l'effraie, c'est l'apparition d'un désaccord possible, entre l'un et l'autre, créé par des textes trop rigides ou des principes trop raides. S'il est un

mot qui peint bien l'idéal que l'on rêve pour le droit, c'est celui de « souplesse ». S'il est une notion dont le juriste a la compréhension la plus sensible, c'est celle de « la complexité de la vie sociale ». Plein d'appréhension, il regarde couler le vieux fleuve d'Héraclite et rêve « d'un instrument assez souple » pour en contrôler le cours sans l'arrêter ni le détourner. Les métaphores où l'on oppose la « raideur des vieux cadres » à la « complexité » et « aux incessantes transformations de la vie sociale » n'expriment plus une idée neuve. Tout ce qui est principe, théorie, touche à l'abstraction dans la science du droit, rend méfiant, apparaît comme un obstacle à son adaptation à la vie. Si ces principes ont trouvé une place dans le Code, il semble que celui-ci se soit détourné de l'objet de ses véritables préoccupations : il légalise l'obstacle. Rigueur devient synonyme de raideur; les catégories font des découpages sans nuances, les définitions figent les notions dans des moules étroits. C'est ainsi qu'une définition comme celle de l'acte gratuit ne semble pas avoir sa véritable place dans le Code : elle plonge trop profondément dans le tuf de la vie pour qu'on puisse essayer d'en relever tous les aspects dans un texte. Seul l'interprète, en présence d'un cas concret, est apte à cette besogne.

Or, répétons-le, cette façon de voir ne nous paraît pas entièrement exacte. Certes, le rôle du droit est de s'adapter à la vie, mais suivant l'expression si heureuse de M. Geny, il doit le faire en « l'informant ». De même que la pensée ne peut faire la conquête du monde concret qu'en passant par l'abstrait, en jetant sur ses richesses sans bornes un manteau d'abstractions, le droit ne peut arriver à organiser les rapports

des hommes entre eux qu'en synthétisant dans des schémas précis, mais forcément pauvres, l'infinité des nuances qu'ils peuvent présenter. On ne peut donc faire fi des définitions qui sont les véritables poutres maîtresses de notre science. S'il est vrai que « toute science est une langue bien faite », combien cela est exact dans la nôtre! C'est parce que les hommes connaissent cette langue, parce qu'ils savent par avance le sens de ses mots et les conséquences qu'ils entraînent que le droit introduit dans la riche confusion des relations sociales la sécurité de l'ordre. Cette dernière remarque ne s'applique-t-elle pas au problème qui nous occupe spécialement ici? Quelle utilité y aurait-il de connaître les conséquences qu'entraîne la qualification gratuite ou onéreuse des actes si, auparavant, on ne peut en connaître les définitions? En vérité, pourquoi reconnaîtrait-on le bien fondé d'une définition juridique du contrat unilatéral ou synallagmatique et non de celle du contrat à titre gratuit ou onéreux que le Code présente de la même façon comme une catégorie juridique? Pourquoi, dans un cas, y aurait-il question de droit et dans l'autre, question de fait? Cela est évidemment inexplicable.

Notre matière nous apparaît donc bien susceptible d'une étude théorique. Y avons-nous réussi? C'est là une autre question...

De multiples difficultés se présentaient : les imperfections nombreuses que l'on rencontrera dans ce travail en sont la preuve. L'erreur même ne doit pas être absente de ces pages. Que le lecteur nous pardonne et considère ces défauts comme les faux traits et les tâtonnements d'une esquisse acceptée chez le dessinateur comme contre-partie de la sincérité de ses re-

cherches. Si dans le cadre théorique où nous avons essayé d'enfermer l'étude des actes à titre gratuit, si dans cette « mise en place » il y avait quelques traits justes, quelques idées qui retiennent l'attention, nous nous considérerions suffisamment récompensé de nos efforts et absous de nos fautes.

*Vu, le Président de la thèse,*

Marcel NAST.

Strasbourg, le 20 octobre 1930.

Vu, Strasbourg, le 24 octobre 1930.

*Le Doyen de la Faculté,*

J. DUQUESNE.

*Vu et permis d'imprimer,*

Strasbourg, le 7 novembre 1930.

*Le Recteur,*

Ch. PFISTER.